

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



**A RENOVAÇÃO DA PROVA E O REENVIO DO PROCESSO COMO
INSTRUMENTOS AO ENFRENTAMENTO DAS NULIDADES QUANTO A
MATÉRIA DE FATO PROVADA (E NÃO PROVADA) PELOS TRIBUNAIS**

ÉRICO DE ALMEIDA DUARTE

Dissertação

Mestrado Científico em Direito

Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



**A RENOVAÇÃO DA PROVA E O REENVIO DO PROCESSO COMO
INSTRUMENTOS AO ENFRENTAMENTO DAS NULIDADES QUANTO A
MATÉRIA DE FATO PROVADA (E NÃO PROVADA) PELOS TRIBUNAIS**

ÉRICO DE ALMEIDA DUARTE

Orientação pelo Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Mestrado Científico em Direito

Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais

2016

ÉRICO DE ALMEIDA DUARTE

**A RENOVAÇÃO DA PROVA E O REENVIO DO PROCESSO COMO
INSTRUMENTOS AO ENFRENTAMENTO DAS NULIDADES QUANTO A
MATÉRIA DE FATO PROVADA (E NÃO PROVADA) PELOS TRIBUNAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes (Orientador) - FDUL

(Presidente)

(Argüente)

(Vogal)

2016

«Cultive a ponderação. É poder controlado. Armazena energia para ser usada em circunstâncias especiais. Ponderação é a arte de erguer as sobrancelhas em vez de deitar o telhado abaixo. Conserva-o calmo e acautelado em diferentes circunstâncias. Não significa fraqueza, nem estupidez, ou indiferença ou desinteresse. Na sua forma mais alta sugere autoconfiança, independência e domínio perfeito. O homem ponderado governa. O trabalho feito com ponderação é mais profícuo porque é bem feito, metódico e inteligente. Exerce uma grande influência sobre as outras pessoas. Sugere a existência de largas reservas de energia. Ponderação é poder bem controlado e dirigido. Evita desperdiçar energias vitais, e dá o equilíbrio necessário a todas as nossas forças» (Alfred Montapert).

RESUMO

O estudo em voga analisou a renovação da prova diretamente nos Tribunais de apelação a fim de identificar seus requisitos e pressupostos para implementação. Analisou-se, ainda, desde a insuficiência da prova quanto a matéria de fato, extirpando-se do âmbito de aplicação questões referentes à prova proibida, por possuir autonomia dogmática, porém com a inserção das nulidades processuais, também geradoras de insuficiência probatória, assim como o próprio instituto do reenvio do processo, concluindo-se que não deve, necessariamente, ocorrer de forma total, exigindo-se a delimitação do objeto a ser reenviado. Quanto as nulidades processuais, foram investigados os princípios mais relevantes e seu enfrentamento pelos Tribunais, a fim de se demonstrar que uma causa de nulidade não deve, consequentemente, gerar invalidação, mesmo porque vige o princípio da validade *prima facie* dos atos processuais, a exigir ônus argumentativo mais acentuado para a invalidação de atos reconhecidamente nulos. Por sua vez, o estudo procurou demonstrar que os princípios constitucionais suscitados como obstáculos à renovação da prova, especialmente do devido processo legal, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, se analisados em seu conteúdo de fundo, na verdade fomentam a utilização do instituto da renovação da prova direta. Mais do que isso, a proposta do estudo foi a de que outros princípios constitucionais, nomeadamente a duração razoável do processo, a proporcionalidade e a proibição da proteção insuficiente, impulsionam à sua imediata implementação, não se descurando da necessidade de legitimação constitucional, através da fundamentação racional, coerente, temporalmente suficiente e suscetível de aplicação às situações análogas, apascentando as crises de insatisfação que, invariavelmente, se desenvolvem durante o litígio, não se olvidando da necessidade de identificar e atingir os escopos processuais jurídico, social e político. Por fim, propõe-se a releitura dos institutos, estimulando o manejo da renovação da prova e, sucessivamente, do reenvio parcial do processo, como ferramentas processuais aptas a evitar dilações indevidas na seara recursal, resguardados o contraditório e a ampla defesa, sempre no intuito de dar concretude ao processo, direcionando-o a decisão definitiva da causa, com o que as decisões judiciais sobrelevariam sua legitimação constitucional, e isso com otimização do próprio sistema processual e da premente necessidade de pacificação social com Justiça.

Palavras-chave: renovação da prova - reenvio do processo - nulidades processuais - recursos - duplo grau de jurisdição.

ABSTRACT

The present essay has analyzed the renewal of evidence directly at the courts of appeal with the intent of identifying its requisites and conditions for implementation. We have also analyzed the lack of evidence regarding the matter of fact, removing from the limits of application the questions regarding the prohibited evidence, as it possesses dogmatic autonomy, however taking into account the insertion of procedural nullity which also creates the aforementioned lack of evidence, as well as the institute of submitting the lawsuit to analysis by an appellate court, concluding that this submission should not, necessarily, address the entirety of the case, demanding the delimitation of the subject matter to be submitted to the higher court. As for the procedural nullities, we have investigated the most relevant principles pertinent to their analysis by the appellate courts in order to demonstrate that a cause of nullity must not, as a consequence, give reason to invalidation, especially as a consequence of the principle of validity prima facie of all procedural acts, that demands a stronger argumentative onus to invalidate known null acts. The present study also tried to demonstrate that the constitutional principles brought to light as obstacles to the renewal of evidence, especially the principles of "due process of law", the "natural judge" and of the "judicial review", if thoroughly analyzed, in truth lend help to the utilization of the institute of renewal of direct evidence. More than that, the proposal of this study is that other constitutional principles, namely the "trial in reasonable time", "proportionality" and the "forbiddance of insufficient protection", claim for its immediate application, without forgetting the need for constitutional legitimating through the use of coherent, reasonable fundamentals, temporally sufficient and apt to application in analogous situations, tending to the crises that will invariably arise during the course of litigation, and not dismissing the need to identify and achieve the social, politic and legal procedural objectives. Finally, we propose a new interpretation of the aforementioned institutes, stimulating the handling of the renewal of evidence, and in succession the partial appeal of the case, as procedural tools to avoid the unnecessary prorogation of the lawsuit in the appellate courts, protecting the necessary due process, contradictory and ample defense, always with the intent of making the procedural practices concrete and directing it towards the definitive solution of the lawsuit, and through which the judicial decisions would surpass their constitutional legitimacy, optimizing the procedural system itself and the pungent need for social pacification through justice.

Key Words: *renewal of evidence - the process resubmit - procedural nullity - judicial review - double jurisdiction.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 08
1 - RENOVAÇÃO DA PROVA NOS TRIBUNAIS	p. 11
1.1 – A INSUFICIÊNCIA DA PROVA QUANTO A MATÉRIA DE FATO	p. 14
1.2 – AS NULIDADES PROCESSUAIS	p. 15
1.3 – PROIBIÇÃO DA PROVA	p. 17
1.4 – REQUISITOS PARA A RENOVAÇÃO DA PROVA	p. 19
1.4.1 – o art. 430º, do CPP português - positivação imanente	p. 21
1.4.2 – legislação espanhola - prolegômenos enunciativos equiparáveis ..	p. 24
1.4.3 – norma brasileira - pressupostos ínsitos - doutrina e jurisprudência	p. 26
1.5 – RECURSOS EM MATÉRIA DE FATO E DE DIREITO	p. 32
1.6 – REENVIO – TOTAL OU PARCIAL	p. 36
2 - O ENFRENTAMENTO DAS NULIDADES PROCESSUAIS PELOS TRIBUNAIS	p. 41
2.1 – ASPECTOS GERAIS	p. 42
2.2 – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS	p. 44
2.2.1 – liberdade das formas	p. 45
2.2.2 – instrumentalidade	p. 46
2.2.3 – finalidade	p. 47
2.2.4 – prejuízo	p. 49
2.2.5 – economia processual	p. 51
2.2.6 – convalidação	p. 53
2.2.7 - causalidade	p. 54
2.2.8 - interesse	p. 56
2.2.9 - conversão ou fungibilidade	p. 57
2.2.10 - preclusão	p. 58
3 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – OBSTÁCULOS OU EXIGÊNCIAS? ..	p. 60
3.1 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL	p. 60
3.1.1 – a origem do devido processo na Inglaterra	p. 61
3.1.2 – o «due process» nos EUA	p. 61
3.1.3 – o binômio procedimento/direito material	p. 63
3.1.4 – os escopos processuais inerentes à garantia	p. 68
3.2 – O JUIZ NATURAL OU LEGAL	p. 71
3.3 – O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	p. 75
3.4 – A DURAÇÃO DO PROCESSO	p.81
3.4.1 – celeridade	p. 81
3.4.2 – efetividade	p. 85
3.4.3 – processo sem dilações indevidas	p. 86
3.4.4 – acesso ao judiciário	p. 89
3.5 – A PROPORCIONALIDADE	p.92
3.6 – A PROIBIÇÃO DO DÉFICE	p.101
3.7 – A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL	p.109

4 – RELEITURA DOS INSTITUTOS E CONCLUSÃO	p. 115
BIBLIOGRAFIA	p. 125

INTRODUÇÃO

O aperfeiçoamento do sistema judiciário e a crescente preocupação com a otimização/concretização dos princípios, especialmente da celeridade e efetividade processuais, são circunstâncias que vêm ganhando destaque, sobretudo nas últimas décadas, no estudo do direito processual e constitucional.

A demora na prestação jurisdicional, tanto na esfera civil, quanto na criminal, precipuamente na atual conjuntura social, em que os valores da informação e do tempo cada vez mais ganham amplitude e destaque, é sintoma cada vez mais sentido, exigindo-se eficientes mecanismos de respostas aos conflitos em sociedade.

Apesar de não se tratar de pauta apenas contemporânea, é inegável sua progressiva necessidade de enfrentamento, sendo que as respostas até então prestadas pelo sistema apenas têm contribuído para potencializar a insatisfação social.

Nesse contexto se insere o instituto da renovação da prova diretamente nos Tribunais recursais, assim como, sucessivamente, a possibilidade de manejo do reenvio parcial do processo para novo julgamento de circunstâncias pontuais, como mecanismos aptos a dar funcionalidade ao sistema, a evitar dilações indevidas e, principalmente, a permitir que seja, finalmente, prolatada a decisão definitiva sobre a causa. No entanto, tais institutos não vêm sendo utilizados, ao menos não na dimensão que se espera, quando do julgamento dos recursos. Raríssimos são os julgamentos em que se discute a possibilidade da renovação da prova. Mais raros ainda são as decisões que a implementam. E qual a razão disso?

A fim de obter respostas ao presente questionamento, o estudo lança mão de um questionário inicial perante juízes, promotores de justiça, advogados e defensores públicos, no singelo propósito de entender, ainda que superficialmente, as principais circunstâncias e obstáculos suscitados pelos mesmos no que concerne ao estudo da renovação da prova.

Entendido, como ponto de partida, o que pensam os operadores do direito acerca do estudo em questão, o primeiro questionamento que se pretende enfrentar é a existência de legislação e, mais que isso, se haveria suficiência legislativa para tanto.

Nessa medida será observada a legislação internacional, com ênfase à legislação de Portugal e Espanha, passando à averiguação da legislação nacional brasileira, a fim de

dissecar e compreender os elementos e pressupostos necessários a implementação de uma renovação da prova diretamente nos Tribunais ou, sucessivamente, do reenvio do processo, especialmente de forma parcial.

Neste cenário também se faz necessário posicionar o contraditório e ampla defesa, sem os quais, diferentemente de dar concretude e funcionalidade ao sistema, haveria restrição ilegítima a direitos fundamentais, não sendo esta a tônica do estudo ora proposto.

O que seria uma insuficiência probatória, quando de sua ocorrência, a proibição da prova se insere nesse contexto? Estes são alguns dos questionamentos que se pretende enfrentar no estudo em causa.

Ademais, a considerar que a insuficiência probatória não deriva apenas da inexistência da produção, mas, também, da mal formação probatória, imprescindível se torna analisar os principais princípios correlacionados ao enfrentamento das nulidades processuais, na produção da prova, através dos Tribunais recursais, no intuito de identificar pontos de contato e de diferenciação entre a nulidade, em si mesma considerada, e a correspondente invalidação do vício, mesmo porque, sem a consequente invalidação, despendendo a renovação ou o reenvio, por obviedade.

Sequencialmente, após analisar detidamente os institutos da renovação da prova e do reenvio parcial do processo, sobretudo através da legislação correlata, bem como as hipóteses, através do âmbito de sua incidência, o objetivo do estudo será delimitar os principais princípios constitucionais suscitados como obstáculos a justificar a não implementação da renovação da prova diretamente nos Tribunais, ou, ainda, o reenvio parcial dos processos, a fim de perceber se estes, realmente, seriam obstáculos ou, ao contrário, exigências à sua efetiva implementação, nomeadamente os princípios do devido processo legal, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.

Para além disso, também se pretende analisar outros princípios constitucionais que, de igual valor ou peso, poderiam demonstrar predisposição à fomentar a maior utilização do instituto da renovação das provas diretamente nos Tribunais, sobretudo o princípio da duração razoável do processo, da proporcionalidade e da proibição da proteção insuficiente, a demonstrar que, diante de colisão entre direitos fundamentais, não se poderia descartar a possibilidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto e, quiçá, da eventual prevalência, ainda que casuística, de algum(ns) dos princípios em detrimento de outros.

O estudo concatenado e sistematizado dos referidos princípios pretende identificar se há possibilidade da renovação da prova no ordenamento jurídico brasileiro; em caso positivo, se existe mera faculdade do Tribunal em sua operacionalização; ou, ainda, se há exigência, não só legal, mas, sobretudo, constitucional, para sua pronta implementação.

Seja como for, as respostas devem passar a integralizar o sistema, não através de uma simples escolha, por melhor ou mais bem intencionada que seja, mas através de legitimação constitucional do(s) instituto(s) e do próprio sistema jurídico processual, com o que se torna necessário identificar e balizar os escopos processuais e a própria finalidade da jurisdição, o real conteúdo do direito de acesso a justiça, inclusive através dos recursos, do direito de defesa mas, também, do dever de proteção (através do Estado), sempre conjugados através do princípio da proporcionalidade, em sua dupla dimensão ou face, sendo estas as propostas do estudo em voga.

1 - RENOVAÇÃO DA PROVA NOS TRIBUNAIS

Tema dos mais controversos entre os operadores do direito é o da Renovação da Prova nos Tribunais, quando do recurso, dada insuficiência da prova quanto a matéria de fato.

Cabe aqui um singelo registro. Quando da predisposição de estudar o tema, jamais foi imaginada a intangibilidade do assunto frente aos operadores do direito.

A visão empírica adquirida em, aproximadamente, quinze anos de atividades jurídicas profissionais, sendo quase doze deles na magistratura, deixou clara a necessidade de uma ferramenta que evitasse a anulação total dos julgamentos, mesmo em caso de constatação da insuficiência da matéria dada como provada, bem como da eventual incidência de nulidades processuais.

Ao vislumbrar a solidez, ao menos teórica, de norma portuguesa correlata, acendeu a esperança em um mecanismo de eficiência, se corretamente empregado, evitando toda a celeuma que as anulações pura e simples invariavelmente causam.

Contudo, bastou avançar um pouco no tema para perceber que, para dizer o mínimo, inexistente, na prática forense, um «hábito» em se adotar qualquer atividade instrutória (produção de provas) na fase recursal. Mais que isso, a doutrina chega a classificar como «preconceito», «concepção arraigada», «imotivada» e «desprovida de arrimo legal», como se a instrução probatória devesse ocorrer apenas em primeiro grau de jurisdição, embora não se negue a exigência de poderes instrutórios para a «reinvestigação» dos fatos na instância recursal, precipuamente nas hipóteses de prova em primeiro grau «mal produzida» ou «insuficientemente produzida»¹.

Procurei agendar, pessoalmente, uma visita/entrevista junto à Presidência do Tribunal da Relação de Lisboa (isso no ano de 2014), porém, apesar de muito bem recebido pela assessoria da Presidência (e isso devo aqui deixar registrado), quando então, mesmo tendo me identificado, delineando o propósito da investigação, não obtive retorno ao contato.

¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de - Provas Recursais: Variações Sobre o Assunto. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*. V. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 434-437.

Sequencialmente, até mesmo pelo objeto do estudo se intensificar ao direito brasileiro, encaminhei um questionário a todos os juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, do qual integro, mas, de um total de 276 membros, apenas 18 responderam a pesquisa, correspondendo a apenas 6,5% dos entrevistados.

Não se pode olvidar da excessiva carga de trabalho que assola os juízes de modo geral, motivo pelo qual, talvez, a pesquisa não tenha sido respondida com maior peso, contudo, também não se pode deixar de consignar que se tratou de mero formulário objetivo (anexo), com seis questões simples de marcar X, meramente opinativo sobre os motivos pelos quais a Renovação da Prova nos Tribunais não se perfectibiliza, que poderia facilmente ser respondido com poucos minutos.

Entende-se, com isso, porque a doutrina se refere a Renovação da Prova como «uma previsão não praticada pois que impraticável», assim como a disposição «menos compreendida em todo o Código», dado o «equivoco em que tem estado enredada»². Enfim, forçoso concordar que se trata, ao menos, de «uma das questões de maiores resistências»³ do direito processual, com o que reflete, inexoravelmente, ao reenvio do processo, «um dos factores de maior desprestígio da justiça criminal»⁴.

Também foi encaminhado o questionário a alguns membros do Ministério Público, advogados e Defensores Públicos, porém em número reduzido, apenas para se estabelecer um singelo comparativo entre as classes dos operadores do direito.

Além disso, mais do que a baixa adesão ao questionário, as respostas encontradas também foram deveras interessante.

Entre os membros do Tribunal de Justiça, impende pontuar que apenas um desembargador (de trinta que o compõe) se predispôs a responder ao questionário. Entre os 17 juízes da primeira instância que devolveram o questionário preenchido, de um total de 246, constatou-se, ainda, que nenhum deles tinha mais de doze anos de magistratura.

² BARREIROS, José António - Eficácia e Garantia do Modelo de Recursos Penais. In *A Reforma do Sistema Penal de 2007. Garantias e Eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 78.

³ RODRIGUES, José Narciso Cunha *apud* GONÇALVES, M. Maia - *Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar*. 17.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 949.

⁴ AGUILAR, Francisco - Direito ao Recurso, Graus de Jurisdição e Celeridade Processual. *O Direito*. Coimbra: Almedina. ISSN: 0873-4372. Ano 138, n.º II (2006), p. 310/311.

Isso mostra que, apenas como observação preparatória, longe de ter a pretensão de obter conclusão exauriente, apenas os juízes mais modernos se dispuseram a discutir o assunto e, ainda assim, a maior parte deles encontrando consideráveis resistências à efetivação da Renovação da Prova nos Tribunais, mesmo porque 55,55 % opinaram pela existência de obstáculos técnico-jurídicos ou práticos para o desenvolvimento da matéria. Dentre estes, 30% indicaram, como obstáculo à renovação da prova, a insuficiência de regulamentação normativa; 30% indicaram a vulneração ao princípio do juiz natural; 40% indicaram a vulneração ao princípio do duplo grau de jurisdição; 40% indicaram a impossibilidade de supressão de instância; e 50% indicaram a complexidade prática em se adequar o instituto na dinâmica da segunda instância.

Denota-se, com isso, o motivo pelo qual a renovação da prova, quer nas Relações, quer junto aos Tribunais de Justiça, seja «praticamente inexistente»⁵. Aliás, é também digno de registro que nenhum dos magistrados, que responderam ao questionário, afirmou constatar, com frequência, a Renovação da Prova nos Tribunais de 2ª instância.

Entre os membros do Ministério Público, advogados e defensores públicos a unanimidade também não ocorreu, sendo que, dos que responderam os questionamentos, 75% apontaram obstáculos práticos e/ou técnico jurídicos à implementação da renovação da prova nos Tribunais. Destes, 66% apontaram a vulneração ao princípio do duplo grau de jurisdição; a impossibilidade de supressão de instância; e a complexidade prática em se adequar o instituto na dinâmica da segunda instância; enquanto 33% apontaram a vulneração ao princípio do juiz natural; e a excessiva carga de trabalho, como obstáculos.

Registre-se, ainda, a existência de posicionamento individual de entrevistado defendendo, ainda que excepcionalmente e fundado no princípio do *favor rei* e da concepção do processo penal como instrumento de contenção do poder punitivo, a admissão da conversão do julgamento em diligência para a produção de prova em favor do acusado, privilegiando-se o *status libertatis*.

Nenhum dos entrevistados, de qualquer das categorias, respondeu que a Renovação da Prova estava perfeitamente implementada nos Tribunais de Apelação.

⁵ NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli*- *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1.084.

Enfim, independentemente do método escolhido, forçoso concordar que a matéria, além de indigesta, necessita de aperfeiçoamento.

1.1 - A INSUFICIÊNCIA DA PROVA QUANTO A MATÉRIA DE FATO

Em primeiro lugar, antes de adentrarmos nos aspectos específicos da renovação de prova, necessária se faz a delimitação da possibilidade de sua utilização, ou melhor, esclarecer em que consiste a insuficiência da prova apta ao manejo do instituto.

Como é sabido, toda prova produzida é documentada. Hoje em dia, inclusive, essa prova é documentada, quando em audiência, em arquivos audiovisuais, em regra. Nessas hipóteses, ainda que a prova produzida não tenha sido levada em consideração para a decisão recorrida, fato é que, com sua documentação, despicienda qualquer atividade de renovação em segunda instância.

Mister, por conseguinte, que a prova não tenha sido documentada, impossibilitando o suprimento dos vícios, para que o Tribunal de Apelação possa lançar mão do instituto da renovação da prova ou do reenvio do processo⁶.

A *contrario sensu*, se o caso se relaciona à insuficiência da matéria de fato dada como provada para a resolução de uma questão de direito, evidencia-se mero «erro de subsunção dos factos ao direito» e, portanto, a questão não desafia renovação da prova ou reenvio do processo⁷.

Em outras palavras, é indispensável que haja «lacuna no apuramento da matéria de facto» para a decisão de uma questão de direito, ou seja, um «hiato» que exija preenchimento⁸.

⁶ GRAÇA, António Pires Henriques da - *Sobre a Exequibilidade do Recurso em Matéria de Facto, em Processo Penal Português, no Dealbar do III Milénio - o caso específico das decisões finais dos Tribunais Colectivos*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito [Ciências Jurídico-Criminais], p. 116.

⁷ SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas - *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2010, p. 508/509.

⁸ *Idem* - *Recursos em Processo Penal*. 7.^a ed. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2008, p. 72/73.

Situação que será abordada nos tópicos seguintes diz respeito a mera «faculdade» que o Tribunal de Apelação tem em proceder, ou não, a renovação da prova, conforme precedentes dos Tribunais Superiores brasileiros, situação que, de certa forma, não destoa doutrina e jurisprudência portuguesas, ressaltando, contudo, a imperiosidade da decisão fundamentada descrevendo a situação de desnecessidade da renovação da prova, mesmo porque, se não houver decisão nesse sentido, inegável a omissão da Relação⁹.

Por conseguinte, somente existirá insuficiência da prova, geradora da possibilidade de renovação, quando o órgão julgador, podendo fazê-lo, não investiga toda matéria de fato relevante, não permitindo, portanto, a correta aplicação do direito por insuficiência probatória¹⁰. Evidencia-se manifesta «lacuna no apuramento da matéria de facto»¹¹.

Não se trata, portanto, de erro na «valoração» da prova¹², mesmo porque, se assim fosse, haveria o mero questionamento acerca do princípio da livre apreciação, mas sim, como o próprio nome sugere, insuficiência correlata à própria «produção». Evidencia-se, na hipótese, «falta de elementos» que, podendo e devendo ser produzidos, seriam necessários ao seguro juízo de condenação ou absolvição, com o que apresenta dicotomia no modo de correção. Enquanto na renovação da prova se pretende uma «correção ampliativa», na discussão de fundo se busca uma «correção modificativa»¹³.

1.2 - AS NULIDADES PROCESSUAIS

Definido, portanto, o pressuposto para a renovação da prova como sendo a insuficiência da matéria dada como provada pela instância de piso, torna-se necessário inserir o estudo das nulidades processuais em tal enfoque.

Isso porque a insuficiência não decorre, tão somente, da omissão pura e simples na produção da prova, mas, também, e na maior parte das vezes, por uma produção mal acabada.

⁹ *Ibid.*, p. 143.

¹⁰ ROBALO, António Domingos Pires - *Noções Elementares de Tramitação do Processo Penal*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 190.

¹¹ CARVALHO, Paula Marques - *Manual Prático de Processo Penal*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 630/631.

¹² RIBEIRO, Vinício A. P. - *Código de Processo Penal Notas e Comentários*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 1.239.

¹³ *Ibid.*, p. 1.244/1.245.

Dito de outra forma, a prova colhida e, portanto, suficiente a primeira vista, pode conter vícios, nulidades, que eventualmente, caso não superadas, redundam na invalidação do ato correlacionado. Se isso ocorrer, a prova até então produzida não poderá ser valorada.

Destarte, a prova até então suficiente restará, dada a invalidação, sequencialmente insuficiente. *Quid juris?*

É exatamente nesse influxo que as nulidades processuais, umbilicalmente ligadas à prova produzida, tomam colorido necessário e se inserem no campo do estudo em voga.

Ora, a insuficiência probatória pode decorrer da mera «não produção» da prova, ou seja, de «insuficiência direta», mas, também, pode ser decorrente da «produção viciada», quando, então, identifica-se «insuficiência indireta» dada a invalidação correlata. De uma forma ou de outra haverá a «insuficiência probatória» e, portanto, o «pressuposto» necessário à implementação do instituto da renovação da prova.

E isso não poderia ser diferente, eis que nada ou muito pouco acrescentaria o instituto, que tem por objetivo dar concretude e eficiência ao processo, se sua aplicação estivesse relegada apenas às hipóteses de insuficiência direta, deixando sem resolução eficaz parte considerável de incidência, a insuficiência probatória derivada da invalidação das provas até então produzidas.

Seja como for, ambas as hipóteses redundam em insuficiência probatória e, com isso, identifica-se o espaço necessário ao manejo de instituto que visa, consequentemente, suplementar tal insuficiência.

Por outro lado, nem sempre uma nulidade, mesmo reconhecida, gerará invariável invalidação. Justamente por isso se torna necessário posicionar e estudar os princípios reconhecidos e correspondentes (capítulo 2.2), até porque o primeiro questionamento que se lança é se a nulidade, reconhecida, merece ou não invalidação.

Não se operando a invalidação não há, logicamente, qualquer sentido a aplicação do instituto da renovação da prova, mesmo porque a sentença de mérito estabelecerá a matéria dada como provada de outra forma. Do contrário, sendo o caso de invalidação da prova produzida, como sobredito, imprescindível será nova produção da prova, e, com isso, pertinente a renovação direta no Tribunal de Apelação, desde que presentes as demais hipóteses de aplicação.

1.3 - PROIBIÇÃO DA PROVA

Deve-se fazer um corte epistemológico na possibilidade da renovação da prova quando se está a tratar da prova proibida. Até por não ser este o enfoque do estudo, desnecessário se faz o esgotamento do tema, contudo, seu posicionamento se torna pertinente.

Doutrinariamente falando, a «proibição de prova», a exemplo do que ocorre nas provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, corresponde à sua total inadmissibilidade no processo¹⁴, ou melhor, não pode ser admitida ou valorada.

Enquanto nas «nulidades processuais» propriamente ditas o que se vislumbra é o caráter «meramente processual», no regime de «proibição da prova» se acentua o caráter «material/substantivo»¹⁵.

Foi a melhor maneira encontrada pelo legislador para «prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço», inviabilizando, inclusive, sua repetição por outros meios¹⁶.

Aliás, assim como a regra para as nulidades processuais, mesmo àquelas consideradas insanáveis, deve ser a possibilidade de sanação, em determinados casos; no regime de proibição da prova a sanação é inconcebível, vedando-se, inclusive, a possibilidade de renovação posterior¹⁷.

A proibição da prova apresenta outro regime jurídico¹⁸, não de mera nulidade «técnico-processual», mas dotada de «autonomia técnica completa» frente ao regime das nulidades processuais¹⁹, ou melhor, possui «autonomia dogmática»²⁰ e por isso não segue,

¹⁴ SILVA, Germano Marques - *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011, p. 117.

¹⁵ CORREIA, João Conde – A Distinção entre Prova proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*. Coimbra: Almedina. ISSN 1645-828X. Ano 3, n.º 4 (1.º Sem. 2006), p. 201/202.

¹⁶ MENDES, Paulo de Sousa - *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 243.

¹⁷ CORREIA, João Conde – *Op. Cit.*, p. 196-198.

¹⁸ SILVA, Germano Marques - *Op. Cit.*, p. 118.

¹⁹ MENDES, Paulo de Sousa - *Op. Cit.*, p. 251.

²⁰ CORREIA, João Conde - *Contributo para Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. ISBN 972-32-0917-9, p. 156. Dentro dessa autonomia dogmática são identificadas as provas proibidas, em si mesmo consideradas, e as provas admissíveis, porém obtidas

exatamente, o sistema das meras nulidades processuais, tendo por esope impedir a valoração de provas desenvolvidas através de métodos ilegais²¹.

Existe, deveras, «autonomia técnica»²² das proibições de prova frente ao sistema ordinário das nulidades processuais, precipuamente porque mesmo a verdade não deve ser investigada a «qualquer preço», pressupondo, para hipóteses tais, invariável limitação ou sacrifício da verdade ante a necessidade de garantir a dignidade humana²³.

Justamente por isso se fala que as proibições de provas configuram um «regime *sui generis*»²⁴, ou «sistema dualista»²⁵ que imprime verdadeira «barreira à determinação dos fatos», «limite a descoberta da verdade», podendo seu conhecimento ser oficioso, a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado.

Quem se debruça sobre o tema identifica um «tratamento mais radical do que qualquer nulidade» recusando qualquer valoração probatória aos resultados obtidos²⁶, nomeadamente por possuírem «carga axiológica diferente» e, por isso, «consequências diferentes»²⁷.

inobservando formalidades legais. Sob tal classificação seriam «(...) proibidas todas as provas obtidas mediante uma compressão dos direitos fundamentais em termos não consentâneos com a autorização constitucional, ainda que aparentemente a prova seja admissível e apenas tenham sido violadas as formalidades processuais necessárias para a levar a cabo». *Ibid.*, p. 159.

²¹ SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal Anotado*. Vol. I. 3.^a ed. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2008, p. 732.

²² NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - *Op. Cit.*, p. 298.

²³ ANDRADE, Manuel da Costa - Proibições da Prova em Processo Penal (Conceitos e Princípios Fundamentais). *Revista Jurídica da Universidade Potucalense - UPT*. Porto: Universidade Potucalense. ISSN 0874-2839, n.º 13 (2008), p. 149/150.

²⁴ MENDES, Paulo de Sousa - *Op. Cit.*, p. 255.

²⁵ CORREIA, João Conde – A Distinção entre Prova proibida ..., p. 185.

²⁶ SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Op. Cit.*, p. 733.

²⁷ PATRONILHO, Sílvia Raquel Ferreira - *O Regime da Nulidade das Provas em Processo Penal*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003. 216 p. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico Criminais, p. 45. No direito estrangeiro, «Em Itália, na sequência da motivação do projecto inicial, uma importante corrente, sobretudo de origem jurisprudencial, separa a inutilizabilidade (art. 191.º do Código do Procedimento Penal) das nulidades processuais (arts. 177.º e ss.), consoante o vício respeite à natureza ou objecto da prova (caso em que a prova não poderá ser utilizada) ou à modalidade da sua assunção (caso em que a prova será nula). Na Alemanha, é tradicional a distinção entre proibições de prova, que tutelam valores internos, e simples regras de produção de prova, que tutelam um valor externo, disciplinando apenas o procedimento de realização da prova, como, por exemplo, as regras que regulam a instrução ou o depoimento de uma testemunha. (...). Finalmente, em Espanha, a doutrina separa entre a nulidade específica contida no art. 11.º, n.º 1, da LOPJ (tendente à protecção dos direitos e liberdades fundamentais e que, por isso, proíbe ao julgador fundar a sua convicção em provas obtidas com violação daqueles direitos) e a nulidade geral consagrada no art. 283.º, n.º 3 da LOPJ». CORREIA, João Conde – *Op. Cit.*, p. 186/187.

Não se contesta, portanto, a constituição de «barreiras colocadas à determinação dos factos»²⁸, ou, ainda, «fronteira que separa as proibições de prova das meras regras de produção da prova (Beweisregelungen ou Beweisverfahrensregeln)»²⁹.

E os métodos de prova proibida são estabelecidos em normas de direito probatório material³⁰, além do que, diferentemente das nulidades, são insuscetíveis de preclusão, mesmo a pretexto do trânsito em julgado, que, *in casu*, inexistem³¹.

Enfim, o que está por trás de uma prova proibida é a «vulneração de direitos fundamentais», mesmo que, aparentemente, tutelados através de norma processual de produção, podendo ser lida, compreendida e identificada como o «reflexo processual do regime constitucional»³².

1.4 – REQUISITOS PARA A RENOVAÇÃO DA PROVA

De largada, deve ser desmistificada a amplitude/resistência ao instituto, mesmo porque aqueles que o estudaram jamais defenderam que a renovação completa da prova/instrução fosse um «regime-regra».

A instrução em segunda instância não é algo que deva ocorrer de modo amplo e ordinário, porém, ainda para aqueles que a consideram um «medida excepcional», deve ser manejada quando se revelar indispensável à obtenção da verdade material³³ e sempre no intuito de imprimir maior efetividade ao pronunciamento jurisdicional.

Também não se olvida que o «habitat processual natural» da instrução probatória seja a primeira instância. Contudo, a mera existência de um «momento processual preponderante»

²⁸ GÖSSEL *apud* ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 83.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ MOURA, José Souto de - Inexistência e nulidades absolutas em processo penal. *Centro de Estudos Judiciários*. Lisboa: Escola Tipográfica do Instituto Padre António de Oliveira. ISSN 0872-1882. Ano 1, n.º 1 (1990-91), p. 125

³¹ MENDES, Paulo de Sousa – As Proibições de Prova no Processo Penal. In PALMA, Maria Fernanda, coord. - *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 151

³² CORREIA, João Conde – *Op. Cit.*, p. 189/191.

³³ PORTUGAL. Ministério da Justiça. Gabinete de Política Legislativa e Planeamento - *O Sistema de Recursos em Processo Civil e em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 133.

para colheita de provas não é suficiente para infirmar a existência de momentos outros para o desenvolvimento de tal atividade³⁴.

Aliás, uma «visão pragmática» do procedimento demonstra, muitas vezes, verdadeira «miscigenação de fases», como, por exemplo, a juntada de documentos (fase instrutória) mesmo desde a inicial (fase postulatória), ou, ainda, mesmo durante a instrução pode ocorrer a resolução de eventual questão a ser decidida de ofício (fase saneadora)³⁵, etc.

Ora, na exata medida em que se reconhece ter a segunda instância plenos poderes para exercer o «controlo da validade» da prova produzida em primeira instância, não só pode, como deve, determinar, mesmo em renovação, todos os meios de prova pertinentes, «nomeadamente perícias, relatórios sociais, novos pareceres, esclarecimentos de perícias e de pareceres, novas perguntas aos declarantes e depoentes, amostragens aos sujeitos processuais, às testemunhas, aos peritos e consultores técnicos de pessoas, documentos, objectos, peças processuais — que tenham conexão intrínseca com os factos e questões reportadas nos vícios»³⁶.

Não se quer com isso dizer que o Tribunal do Recurso tenha que desenvolver todas as provas possíveis e imagináveis do ordenamento, mas que, dentro do poder, em tese, de desenvolver as variadas provas, aponte, individualmente, aquela(s) questão(ões) insuficientemente(s) provada(s) que, acaso renovada(s), tenha(m) o condão de evitar a anulação integral do processo. Pensar diferente, como já apontado pelo Tribunal Constitucional português (acórdão do TC n.º 124/90), seria, mais do que «absolutamente impraticável», de «todo inconveniente»³⁷.

Portanto, evidente que a prova a produzir não deve assumir feição de novo e completo julgamento em segunda instância, eis que tal circunstância excederia o âmbito e a função do recurso, que manifestamente não se predispõe à obtenção de novo e pleno julgamento, mas, tão somente, «encontrar um remédio para deficiências notórias na decisão recorrida», quer substantivas, quer processuais³⁸.

³⁴ MELLO, Rogério Licastro Torres de - *Op. Cit.*, p. 435.

³⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de - *Op. Cit.*, p. 437.

³⁶ NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - *Op. Cit.*, p. 1.084.

³⁷ MAGALHÃES, António Malheiro de - O Direito Processual Penal e a Constituição. Em torno do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição em Matéria Penal. *Revista da Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. n.º 48 (junho 2000). Volume XIII, p. 579.

³⁸ NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - *Op. Cit.*, p. 1.083.

Esse raciocínio de que recurso, de fato, não deve ser encarado como um novo e completo julgamento, como se nada antes estivesse decidido, vem sendo sufragado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência que se debruçaram sobre o tema, ao definir os recursos como apenas «remédios jurídicos destinados a colmatar erros de julgamento (...)». (Ac. STJ de 17 de Janeiro de 2008; CJ, Acs. do STJ, ano XVI, tomo I, 206)³⁹. E é justamente por isso que se exige dos recorrentes o apontamento dos fatos incorretamente decididos e a insuficiência probatória correlacionada⁴⁰.

Portanto, ministrada em sua correta dose o «remédio» processual não se mostra tão amargo quanto suposto, sendo que o estudo aprofundado demonstra que sua utilização traz, e essa é a sua finalidade precípua, mais benefícios do que percalços.

Aliás, é pertinente que se destaque, desde logo, que tal instituto é imbuído do propósito de celeridade processual. E isso porque, na exata proporção da possibilidade de salvaguardar o feito de retrocessos procedimentais desnecessários, privilegia o caminhar para frente, sempre resguardado o contraditório e o amplo direito de defesa, evitando, com isso, o custo e o tempo que uma repetição invariavelmente apresenta. Por outro lado, se mesmo assim for impossível superar os vícios inerentes, o caminho, então, será a invariável anulação⁴¹, não sem antes entender a amplitude do reenvio do processo, objeto de estudo dos capítulos seguintes (1.6).

Até para facilitar o estudo teórico/concatenado dos requisitos da renovação de prova, torna-se imprescindível citar legislação de suporte, bem como a estrangeira, nomeadamente quando sensíveis aos mesmos princípios constitucionais que a impulsionam, ainda que ao final se possa constatar que exigências constitucionais superam e até orientam a necessidade da renovação da prova, com ou sem norma infraconstitucional posta.

1.4.1 – o art. 430º, do CPP português - posituação imanente

³⁹ GONÇALVES, M. Maia - *Op. Cit.*, p. 1.000.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1012.

⁴¹ SANTOS, Manuel Simas *et alli* - *Noções de Processo Penal*, p. 514/515.

Iniciemos pela legislação de Portugal, eis que, dentre as investigadas, foi a que se apresentou, salvo melhor juízo, de forma mais completa e sistematizada. Assim reza a normativa portuguesa:

- «Artigo 430º, do CPP - Renovação da prova - 1. Quando deva conhecer de facto e de direito, a relação admite a renovação da prova se se verificarem os vícios referidos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410º e houver razões para crer que aquela permitirá evitar o reenvio do processo.
2. A decisão que admitir ou recusar a renovação da prova é definitiva e fixa os termos e a extensão com que a prova produzida em primeira instância pode ser renovada.
3. A renovação da prova realiza-se em audiência.
4. O arguido é sempre convocado para a audiência, mas, se tiver sido regularmente convocado, a sua falta não dá lugar a adiamento, salvo decisão do tribunal em contrário.
5. É correspondentemente aplicável o preceituado quanto à discussão e julgamento em primeira instância».

Seja como for, o primeiro requisito identificado pela doutrina é a necessidade da existência de «recurso de fato». Por ora, impende pontuar que, tratando-se de recurso exclusivamente de direito, e, por conseguinte, não estando a questão fática mais em voga, despicienda a análise do material probatório, inclusive através de renovação, questão essa que será exaustivamente analisada quando do seu capítulo correspondente (1.5).

Prosseguindo, exige-se a «necessidade» da renovação da prova, ou melhor, sua «imprescindibilidade», sendo que isso ocorrerá toda vez que nos depararmos com qualquer dos vícios das alíneas do n.º 2 do artigo 410º do CPP que sugere, direta ou indiretamente, a «insuficiência» para a decisão sobre a matéria de fato.

Logo, é a «insuficiência» da matéria dada como provada o fundamento primordial para renovação da prova.

Calha, aqui, um *obiter dictum* - não se trata de prova insuficiente para o édito condenatório, mesmo porque, como bem se sabe, em hipóteses tais o caso será de absolvição por falta de provas. O que é exigido pela norma é que exista prova apta à comprovação do desiderato, mas que, por uma causa ou outra, deixou de ser produzida (ou foi mal produzida), sendo que a sentença considerou a situação como provada, mesmo sem sua (correta) produção.

Dentro deste requisito da necessidade ou imprescindibilidade já se descarta a possibilidade de renovação acaso se esteja diante de uma «prova documentada»⁴². Ora, se a prova estiver previamente documentada não há espaço à alegada insuficiência probatória, pressuposto da renovação.

Ademais, não se deve confundir prova «útil» com prova «necessária». Em outras palavras, e isso não se pode perder de vista, ainda que se trate de prova útil, se não for essencial para a descoberta da verdade, ou melhor, se ela não tiver o condão de alterar, substancialmente, o conteúdo do julgado (condenação, circunstância/elemento de graduação de pena ou absolvição), tal insuficiência, por si só, não passa de mera irregularidade sanável⁴³.

Por outro norte, se é exigência a imprescindibilidade da produção da prova, não se descarta que a ordem de repetição está «duplamente condicionada» à necessidade, mas, também, à «possibilidade» da repetição.

Há casos em que, apesar de necessária, pode ser que a prova não seja mais possível pelo desaparecimento das condições temporais, naturais e humanas essenciais à sua realização⁴⁴. Nestes termos, ainda que se pretenda a realização da prova, o esgotamento (ex.: busca e apreensão declarada nula ou a escuta telefônica invalidada) tem o condão de tornar a renovação impossível. Inversamente, ainda que possível a repetição do ato, pode ser que a prova tenha deixado de ser necessária, ante a conclusão por outro meio de prova válida, ou concluída, posteriormente, sua inutilidade a alterar o *decisum*⁴⁵. Seja como for, sem que a renovação seja «imprescindível» e «possível» de se implementar, não se deve operar.

Mais uma circunstância que não deve passar ao largo é o interstício temporal entre o ato praticado (reconhecidamente inválido) ou que estava apto à prática (omissão) e o momento da constatação da imperiosidade de renovação. Desse modo, a necessidade/possibilidade da renovação deve ser balizada segundo os elementos constantes do momento em que se reconhecer a insuficiência da matéria dada como provada⁴⁶.

⁴² SANTOS, Manuel Simas *et alli* - *Recursos em Processo Penal*, p. 78.

⁴³ GONÇALVES, M. Maia - *Op. Cit.* p. 342.

⁴⁴ CORREIA, João Conde - *Contributo ...*, p. 190.

⁴⁵ PIMENTA, José da Costa - *Código de Processo Penal Anotado*. 2.^a ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991, p. 389.

⁴⁶ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 132.

Ponto de destaque no direito português é a irrecorribilidade da decisão que determina a renovação da prova, com a fixação dos termos e extensão com que a prova produzida em primeira instância pode ser renovada.

Ademais, a renovação da prova deve ser realizada em audiência, aplicando-se o correspondente preceituado quanto à discussão e julgamento em primeira instância, com a convocação do arguido, dispensando-se a presença tão somente se, regularmente convocado, deixar de comparecer, salvo decisão do Tribunal em contrário.

Situação um pouco mais complexa é a do surgimento de provas novas durante o julgamento do recurso. Não se olvida que a renovação apresenta regras processuais rígidas, sendo o objetivo primordial a renovação das provas produzidas em primeira instância e não a produção de novos meios de prova durante a audiência em segunda instância⁴⁷, até mesmo porque não se pode confundir renovação de prova produzida com a produção de prova nova⁴⁸.

Por outro lado, se o meio apresentar a natureza de prova nova, obtida tão somente na fase recursal, ainda mais se em benefício da defesa do arguido/acusado, indubitosa a necessidade de sopesamento, situação que será revisitada nos capítulos seguintes (1.4.2 e 1.4.3).

Deve ser rememorado, uma vez mais, que o objetivo da renovação da prova é, justamente, evitar o reenvio do processo à primeira instância, dentro das hipóteses de cabimento, devendo todas as circunstâncias serem sopesadas à sua implementação.

1.4.2 – legislação espanhola - prolegômenos enunciativos equiparáveis

Como se pode perceber a legislação espanhola apresenta algumas circunstâncias dignas de nota que, se não aplicáveis de pronto ao direito brasileiro, de *lege lata*, ao menos podem ser consideradas como equiparáveis dadas as mesmas condições a que se subsumam.

⁴⁷ LOURENÇO, Rui Miguel Barata - *O Recurso em Processo Penal. Uma Nova Perspectiva de Abordagem e Discurso*. Lisboa: Universidade Lusfada, 2002. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito [Ciências Jurídico-Criminais], p. 120.

⁴⁸ CARVALHO, Paula Marques - *Op. Cit.*, p. 647, nota 81.

Devem, aqui, ser pontuadas ao menos três importantes circunstâncias, dada a legislação de regência:

«Artículo 790.3, da LECrim - En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables».

Para que se admita renovação da prova em segunda instância deve ser demonstrada a «inexistência de oportunidade de produção» na primeira.

Ora, se oportunizada a produção, a não ocorrência, provavelmente, fora superada pelo fenômeno da preclusão.

Não se pode negar que, em determinadas hipóteses excepcionais, podem surgir «provas novas», sobretudo se chegadas ao conhecimento do recorrente em momento posterior à sentença. Nestes casos, ainda que se admita a ulterior produção, será necessária a formulação de «justificação especial», a fim de que se «evitem condutas fraudulentas» por parte do recorrente⁴⁹.

Reza também a norma que a modalidade probatória deve ter sido «proposta oportunamente» na primeira instância. Em outras palavras, o interessado deve ter formulado a proposição probatória em seu momento devido. A par dessa situação, a prova deve ter sido «indevidamente» denegada, ou, em outras palavras, a prova deve ser «pertinente», «relevante», «possível», «legítima», além de ter sido formulada no «tempo» e «forma» exigida⁵⁰.

Mais do que a mera pertinência e relevância, exige-se que a prova seja «decisiva», ou seja, que tenha o condão, ainda que em tese, de alterar a decisão se confrontada com a prova até então produzida e considerada⁵¹.

⁴⁹ GIMENO SENDRA, Vicente - *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 727-729.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ARMENTA DEU, Teresa - *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 7.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 281.

Não constatando qualquer destas situações, tem-se que a denegação ocorrera de forma legítima e, portanto, descabida qualquer pretensão renovatória.

Exige-se, ainda, que as causas pelas quais a prova não tenha sido formulada não sejam imputadas à conduta do próprio recorrente. Positiva-se, para o caso, o princípio do *venire contra factum proprium*.

Tais circunstâncias, independentemente de derivadas de norma expressa, em legislação estrangeira, descrevem situações comumente suscitadas pela doutrina e jurisprudência quando abordam o assunto, sendo esta a relevância do posicionamento da questão para o estudo em voga.

1.4.3 – norma brasileira - pressupostos ínsitos - doutrina e jurisprudência

Os capítulos anteriores, inegavelmente, prepararam uma base teórica para o estudo da legislação nacional.

Aliás, o direito brasileiro possui, sim, legislação suficientemente posta sobre o assunto, apesar de comumente desconhecida e/ou muito pouco estudada.

Reza o Código de Processo Penal que:

«Art. 616, do CPP - No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências».

Ressalte-se que o dispositivo regulamenta, expressamente, as hipóteses de «apelação» (recurso), não se podendo sequer conjecturar sua restrição apenas para os casos de competência originária (por prerrogativa de função), a menos que por interpretação *contra legem*.

Por outro lado, há doutrina que reconhece a extensão do dispositivo para o «recurso em sentido estrito», desde que, nesta espécie recursal, esteja a ser julgado o *meritum causae*⁵².

O Código de Processo Civil de 1973 também possuía normas correlatas:

«Art. 515, § 4º, do CPC - Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação».

«Art. 560, § único, do CPC - Versando a preliminar sobre nulidade suprável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício».

O novo Código de Processo Civil de 2015, mantendo a sistemática anterior, condensou ambos os dispositivos e melhor o posicionou no Capítulo da Ordem dos Processos no Tribunal:

«Art. 938, do CPC - § 1º - Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. § 2º - Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 3º - Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução»⁵³.

Destarte, imperioso afastar a premissa de que o direito nacional não possui normativa suficiente para implementação da renovação da prova diretamente nos Tribunais de Apelação, eis que, como visto, tal situação encontra-se devidamente positivada.

Além disso, o sistema processual como um todo (Processo Civil e Processo Penal), pelo menos através das normativas postas, não demandariam conclusões diversas acerca da aplicabilidade da renovação da prova nos Tribunais de Apelação, restando a questão constitucional a ser estudada no capítulo próprio (3.3).

⁵² MIRABETE, Júlio Fabbrini - *Código de Processo Penal Interpretado*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.579.

⁵³ Extensível à Justiça Laboral, consoante Enunciado n.º 199, do Fórum Permanente de Processualistas Civis - «(arts. 938, § 1º, e 15) No processo do trabalho, constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho)».

Contudo, apesar da possibilidade/necessidade de sua implementação, precipuamente dada a existência de lei assim o permitindo (exigindo), é inegável reconhecer que seus requisitos ínsitos não foram exaustivamente positivados, situação que não torna os dispositivos menos aplicáveis, exigindo apenas um estudo mais aprofundado da doutrina e jurisprudência correlatas.

Ademais, os capítulos anteriores (1.4.1 e 1.4.2), correlacionados a legislação estrangeira, até mesmo por apresentarem pressupostos lógicos, imanes e equiparáveis, servem de base para o estudo nacional ora proposto.

Disto posto, inicia-se o estudo da renovação da prova no direito brasileiro com a exigência de «recurso quanto a matéria de fato».

Como dito outrora, tratando-se de recurso meramente de direito, não há o que se discutir, em regra, quanto à matéria de fato dada como provada, apesar de que essa questão será exaustivamente abordada no capítulo correspondente (1.5), precipuamente em se tratando de nulidade não preclusa.

Reporta-se, ainda, aos esclarecimentos acerca dos requisitos da «necessidade» (ou «imprescindibilidade») e «possibilidade» da renovação da prova, desenvolvidas no capítulo próprio (1.4.1), até mesmo por coerência lógica. Ora, se a prova não for «necessária»⁵⁴, portanto apta à alteração da decisão investida⁵⁵; ou, ainda, se for «impossível», material ou processualmente, de ser renovada, despicienda seria sua idealização.

Perfeitamente solidificada a ideia de que a renovação deve se dar de forma pontual, devidamente delineada, «sendo imprópria a implementação de nova [e completa] instrução processual no segundo grau de jurisdição»⁵⁶.

Da mesma forma não pode passar sem registro que a renovação da prova tem por pressuposto prova possível de produção, porém não produzida. Exatamente por isso não haverá nenhuma pertinência na discussão acerca da renovação da prova quando esta, valorada

⁵⁴ «(...) Certo é que o Tribunal, no julgamento da apelação, poderá proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências (CPP, art. 616). Tal providência, no entanto, deve ser indeferida quando se mostrar desnecessária.(...)» TJRO - 1ª Câmara Criminal. Ap. n.º 0014346-73.2014.8.22.0002. Rel. Des. Ivanira Feitosa Borges, J. 14/01/2016.

⁵⁵ A prova deve servir para a real formação de convicção do juízo recursal. MELLO, Rogério Licastro Torres de - *Op. Cit.*, p. 438.

⁵⁶ STJ - 5ª T. HC n.º 276.485/SP. Rel. Ministro Jorge Mussi, J. 23/09/2014, DJe 30/09/2014. No mesmo sentido: STJ - 5ª T. HC n.º 85.170/RJ. Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, J. 05/05/2009, DJe 15/06/2009.

ou não, já estiver documentada, lembrando que tal «documentação» pode se dar «a qualquer tempo». O próprio artigo 222, parágrafos 1º e 2º, do CPP, estabelece que «a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal», bem como que, «findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos», e, obviamente, valorada em segunda instância, resguardado o contraditório, caso já realizado o julgamento em primeira.

Também não é demasiado citar precedente da Suprema Corte⁵⁷ brasileira, reconhecendo a inexistência de nulidade, mesmo tendo a prova pericial sido considerada/valorada apenas na segunda instância (inclusive com condenação), não na primeira (onde, aliás, houve absolvição por ausência de materialidade), vez que garantido o contraditório e ampla defesa, nenhum prejuízo foi apresentado.

Por outro lado, apesar do que foi dito quando da análise da norma portuguesa, dispondo acerca da irrecorribilidade da decisão que determina a renovação da prova, fixando seus limites, no direito brasileiro não se descarta a possibilidade de agravo interno.

Ora, como toda prova, a produzida na seara recursal também pressupõe «controle», que somente pode ser obtido através do «recurso» incidente sobre a decisão que admite a renovação em segunda instância, ordinariamente através de agravo interno da decisão do relator que assim o proceda. Não se descarta, também, da necessidade de se garantir a «bilateralidade da audiência»⁵⁸ através do «contraditório»⁵⁹ na produção da prova, sem as quais, ainda que visando ampliar a verdade material em sua essência, por outro lado seriam produzidas decisões nulas, não sendo esta a tônica ou o objetivo do instituto ou do estudo em voga.

Fora destas hipóteses, quando a questão ascendeu aos Tribunais Superiores através do recurso/expediente próprio, a jurisprudência nacional reconheceu, e aqui a questão merece maior meditação, que há «mera faculdade»⁶⁰ para o Tribunal proceder à renovação da prova.

⁵⁷ STF - 1ª T. RHC n.º 110.429/MG. Rel. Min. Luiz Fux, J. 06/03/2012.

⁵⁸ MELLO, Rogério Licastro Torres de - *Op. Cit.*, p. 445.

⁵⁹ STJ - 6ª T. REsp n.º 256.164/DF. Rel. Ministro Fernando Gonçalves, J. 19/03/2002, DJ 15/04/2002, p. 268.

⁶⁰ «(...) Ao interpretar o artigo 616 do Código de Processo Penal, que prevê que no julgamento das apelações criminais é possível novo interrogatório do réu, reinquirição de testemunhas e realização de outras diligências, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que o Tribunal, diante do conjunto probatório já produzido, tem a faculdade de autorizar ou não a produção de tais provas (...).» STJ - 5ª T. HC n.º 276.485/SP. Rel. Ministro Jorge Mussi, J. 23/09/2014, DJe 30/09/2014. No mesmo sentido: STJ - 6ª T. REsp n.º 1342016/CE. Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Des. convocada do TJPE), J. 18/12/2012, DJe 08/02/2013; e STJ - 5ª T. HC n.º 59.851/PE. Rel. Ministra Laurita Vaz, J. 11/12/2007, DJe 07/02/2008, p. 334.

Como é sabido, não há, em direito, propriamente «discricionariedade» em ato judicial. Preenchidas as hipóteses de incidência da norma, torna-se regra (e não mera faculdade) sua implementação, criando direito subjetivo à parte/interessado. Justamente por isso se diz que, quando o texto dispõe que o juiz «poderá», deve se ler que «deverá» assim proceder, desde que cumpridas as hipóteses de subsunção.

Talvez o que se tenha pretendido com a afirmação, dada a «impossibilidade de análise probatória» em recursos desse jaez (aos Tribunais Superiores - STJ e STF), fora estabelecer ausência de nulidade, apesar da não realização da renovação da prova em segunda instância, vez que «fundamentada», pela segunda instância, a «desnecessidade» da medida.

Tal intelecção pode ser perfeitamente extraída da análise do seguinte acórdão, do Supremo Tribunal Federal, sobre a questão, nos seguintes termos:

«PENAL E PROCESSO PENAL. (...). REQUERIMENTO DE NOVO INTERROGATÓRIO E OITIVA DE NOVA TESTEMUNHA EM SEDE DE APELAÇÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR DESCUMPRIMENTO DO ART. 616, CPP. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. (...). 2. O interrogatório do acusado e a oitiva de testemunha no juízo de apelação, na forma do art. 616 do CPP, são diligências que se encartam no Poder do Tribunal, por isso que a rejeição das mesmas não enseja nulidade do julgamento quando o órgão a quo entende desnecessárias novas provas. (Precedentes ...). (...) *In casu*, verifica-se que o Tribunal de origem motivou adequadamente o indeferimento do pleito formulado pela defesa, que não logrou demonstrar o prejuízo a ela causado a justificar a anulação do julgado. (...). Ordem denegada»⁶¹.

Tal decisão, longe de ser isolada, está fulcrada em precedente do Pretório Excelso⁶².

⁶¹ STF - 1ª T. HC n.º 100487. Rel. Min. Luiz Fux, J. 11/10/2011, DJe-216, Public. 14-11-2011.

⁶² Precedente: «DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO ART. 616, CPP. REVOLVIMENTO DE MATERIAL PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. 1. A matéria debatida neste recurso ordinário diz respeito à possível nulidade do julgamento da apelação pelo tribunal de justiça devido à não-aplicação do disposto no art. 616, do Código de Processo Penal. 2. O relator da apelação analisou o acervo probatório produzido durante da instrução processual, concluindo no sentido da manutenção da sentença condenatória. 3. A fundamentação exposta no sentença que embasou a condenação do recorrente pela juíza de direito, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça se revela hábil e coerente, não havendo qualquer vício no acórdão da Corte local que possa ensejar a declaração de nulidade do julgamento. Além disso, repisa-se, não é possível revolver exame de prova em sede de habeas corpus. 4. O alegado descumprimento do disposto no art. 616, do Código de Processo Penal não ocorreu no caso em tela, tendo a Corte estadual fundamentado de maneira suficiente e adequada a razão pela qual não se tratava de hipótese de retratação das declarações prestadas pela vítima em juízo. 5. Recurso ordinário improvido». STF - 2ª T. RHC n.º 91.405. Rel. Min. Ellen Gracie, J. 07/10/2008, DJe-202, Public. 24-10-2008.

Exatamente através desta premissa que a jurisprudência portuguesa, através do AC. do STJ, de 28 de Fevereiro de 2007 (Proc. 07P156, Rel. Henriques Gaspar), reconheceu que se o Tribunal da Relação verificar a existência de um vício e entender necessária a renovação, não poderá simplesmente desconsiderá-la e reenviar o processo à instância singela, «devendo», assim, determinar a renovação. Não o fazer significar descumprir regra de competência, material e funcional, com conseqüente nulidade⁶³.

Há precedentes nacionais, de igual modo, reconhecendo a nulidade, dada a necessidade da renovação probatória não levada a efeito, nomeadamente em benefício da defesa, tanto de Tribunais de segunda instância⁶⁴, quanto do próprio STJ⁶⁵.

Avançando, não se poderia concluir diferente do estudo comparado, quando exige que a renovação da prova seja produzida em audiência perante a segunda instância. Poderia o Tribunal Recursal, no máximo, dadas as peculiaridades/complexidades do caso concreto, valer-se de «carta de ordem» (NCPC, arts. 264 e 265) a fim de que a prova fosse, tão somente, produzida/coletada em primeira instância⁶⁶, que se valeria, invariavelmente, de sua implementação em audiência (em se tratando de prova oral), porém com o retorno ao Tribunal recursal para a continuidade da sessão de julgamento, sem qualquer anulação/baixa do processo para novo julgamento em primeira instância.

Aliás, a possibilidade de Tribunal de recurso se utilizar do expediente da carta de ordem para a implementação/colheita da prova perante a primeira instância, por si só, refuta qualquer argumento de complexidade procedimental da renovação da prova em segunda instância. O que se defende não é que a prova tenha que ser produzida, invariavelmente, em plenário perante a segunda instância, mas que se evite a anulação pura e simples, dada a constatação da insuficiência da matéria dada como provada, fazendo com que a primeira instância volte a proferir novo e completo julgamento, inclusive com produção de todas as provas, contaminadas ou não pela invalidade reconhecida, mesmo porque, dado o provável recurso subsequente, o processo ascenderia novamente ao grau recursal, gerando retrabalho,

⁶³ RIBEIRO, Vinício A. P. - *Op. Cit.*, p. 953.

⁶⁴ *c.f.*: TJSC - 2ª Câmara Criminal. Ap. n.º 2001.016754-9. Rel. Des. Irineu João da Silva, J. 09/10/2001; e TJRJ - 3ª Câmara Criminal. Ap. n.º 0419211-71.2008.8.19.0001. Rel. Des. Carlos Eduarda Roboredo, J. 23/06/2015.

⁶⁵ STJ - 6ª T. HC n.º 6.239/GO. Rel. Ministro Vicente Leal, J. 07/10/1997, DJ 03/11/1997, p. 56374.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza - *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 1.047.

desnecessário, para ambas as instâncias, com evidentes perdas funcionais e sem qualquer ganho formal.

De outro norte, provas que, de ordinário, não são produzidas em audiência, como a documental, pericial, etc., continuam a se desenvolver de modo regular, garantindo-se, contudo e principalmente, o contraditório e ampla defesa. Nesta espécie probatória se refuta, com maior veemência, a açodada e despropositada anulação pural, simples e total da sentença.

Por fim, enveredando pelo caminho da prova nova, dado o princípio da busca pela verdade real, privilegia-se sua produção, não sem antes destacar a necessidade de justificação pela qual a prova só teria chegado ao conhecimento nesta fase processual, até por questão de deveres/responsabilidades que afetam a todos os atores processuais, conforme esclarecido em tópico próprio (1.4.2). Diga-se de passagem, no processo civil tal circunstância está normatizada (art. 517, do CPC/73⁶⁷, correspondente ao 1.014, do NCPC⁶⁸).

1.5 – RECURSOS EM MATÉRIA DE FATO E DE DIREITO

Questão um tanto tormentosa é analisar a aplicação da renovação da prova, tanto em recursos aptos a discussão da matéria de fato, quanto aos recursos limitados aos questionamentos exclusivamente de direito.

Não cabe no presente estudo a análise exaustiva de cada um dos recursos, muito menos suas características e finalidades. No entanto, pode ser dito, à partida, que haverá sensível diferença entre os objetos quando se estiver diante de um recurso de fato e de direito, ou quando apenas de direito.

A doutrina procura identificar uma «questão de fato» quando diante da tentativa da reconstrução de uma situação concreta, ou seja, a constatação de um evento do mundo real. Por outro lado, uma «questão de direito» é a submissão da situação concreta, reconstruída, ao tratamento jurídico correlato⁶⁹.

⁶⁷ «Art. 517, do CPC/73 - As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior».

⁶⁸ «Art. 1.014, do NCPC - As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior».

⁶⁹ SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Op. Cit.*, p. 141.

Esta diferenciação tem que ser muito bem percebida para avançarmos no estudo da renovação da prova, diante dos diferenciados objetos recursais.

Pode-se, com isso, classificar os recursos em «fático-jurídicos», como sendo a apelação, os embargos infringentes e o recurso ordinário; enquanto que em «essencialmente jurídicos» os agravos, os recursos excepcionais (especial/extraordinário e correlatos), bem como os embargos de declaração, em regra. Dito isto, percebe-se claramente que a necessidade instrutória afeta à primeira categoria de recursos, notadamente porque na segunda não se identifica rediscussão de fatos e provas, portanto, despicienda a instrução probatória⁷⁰, salvo exceções. Questão *sui generis* é a do Recurso em Sentido Estrito (art. 581, do CPP), vez que, ora pode ser classificado como «fático-jurídico», ora como «essencialmente jurídico».

Seja como for, a modalidade recursal na qual a instrução probatória, em segunda instância, apresenta-se mais adequada é a apelação, justamente porque pressupõe revisão plena, demandando debate amplo acerca dos fatos⁷¹.

Além disso, tratando-se de recurso com possibilidade de cognição probatória exauriente, certo é que o Tribunal não estará limitado as especificações dos recorrentes, podendo reanalisar a prova em sua plenitude⁷², dado o primado do efeito devolutivo que lhe afeta (art. 1.013, § 1º, do NCPC).

Portanto, forçoso concluir que, *a priori*, a renovação da prova estará em terreno fértil a produzir, essencialmente, em se tratando de recursos correlacionados a matéria de fato, enquanto que sua germinação, em recursos essencialmente jurídicos, demandaria maiores cuidados.

Não se nega, contudo, que mesmo em se tratando de recurso essencialmente jurídico, portanto, com cognição probatória restrita, possa ter por fundamentos vícios que levem, invariavelmente, à insuficiência (indireta) para matéria dada como provada⁷³.

⁷⁰ MELLO, Rogério Licastro Torres de - *Op. Cit.*, p. 442-444.

⁷¹ *Ibid.*, p. 435/436.

⁷² SILVA, Germano Marques - Sobre Recursos em Processo Penal. Notas sobre alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. In *A Reforma do Sistema Penal de 2007. Garantias e Eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 58.

⁷³ ROBALO, António Domingos Pires - *Op. Cit.*, p. 190.

Esta ideia parece estar consagrada de modo uniforme na doutrina que se propôs a estudar a questão⁷⁴.

De toda sorte, acaso se esteja diante de uma Corte Excepcional (STF ou STJ), ainda que reconhecida, através de discussão jurídica, a insuficiência probatória, na maioria das vezes através do reconhecimento de uma nulidade insanável, não há, nestes casos, espaço à renovação da prova.

Não se olvida ter tais Tribunais Superiores competência suficiente a interferir, indiretamente, na apreciação da matéria de fato. Entretanto, apontado o vício, dever-se-á determinar o reenvio do processo para novo julgamento, não havendo espaço à renovação direta⁷⁵, nomeadamente porque, repita-se, estes Tribunais não possuem, em sua estrutura organizacional recursal, competência para conhecer de fatos/provas, o que somente ocorre quando em competências originárias por prerrogativa de foro/função.

Por fim, mas não menos importante, impende analisar a discussão a respeito da necessidade, ou não, de impugnação específica e correlacionada à matéria de fato, ou se o Tribunal Superior, ainda que decidindo questão eminentemente de direito, pode, reconhecendo a nulidade insanável não suscitada, com sua consequente invalidação, determinar, *ex officio*, a renovação da prova, mesmo que indiretamente através da remessa do processo ao Tribunal de segunda instância.

À partida, doutrina e jurisprudência tendem a aceitar, dada a possibilidade de os Tribunais conhecerem nulidades de ofício, a possibilidade da renovação da prova, estando o processo na segunda instância, ou através do reenvio, caso a questão já se encontre em Tribunal Superior, eis que, neste, como sobredito, não se conhecem de fatos/provas na esfera recursal.

Citando o Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ de 19-10-95 (Acórdão n.º 7/95, Proc. n.º 46.580, *in* DR, I Série-A, de 28-12-95, pp. 8211 a 8213), defende-se a possibilidade de conhecimento oficioso de vícios geradores de insuficiência probatória,

⁷⁴ NETO, Manuela - *Dos Recursos*. 2.ª ed. Porto: Elcla, 1996, p. 78/88.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 949.

independentemente de impugnação/insurgência desta matéria pelo recorrente, inclusive com a determinação de renovação da prova conexcionada⁷⁶.

É bom que se diga que a citação jurisprudencial não se apresenta isolada. Refira-se, a propósito, o Ac. do STJ, de 20.12.2006 *in* CJ, Ano XIV, Tomo III, p. 248, pelo qual «*O STJ pode e deve conhecer oficiosamente dos vícios elencados no n.º 2 do art. 410.º, do CPP*»⁷⁷.

Contudo, a questão não parece ser tão simplória.

Há quem defenda, e com propriedade, não ser admissível a renovação da prova em se tratando de recurso restrito a matéria de direito, sem insurgência quanto a matéria dada como provada, vez que os fatos já estariam delimitados pelas provas produzidas. Nesta hipótese, mesmo conhecendo dos vícios de insuficiência sobre a matéria de fato, como não houve recurso sobre tal matéria, estes (fatos) estariam estabilizados, incontroversos e, portanto, qualquer discussão a respeito ingressaria em questão já dada como provada pelas próprias partes, diante da não insurgência. Somente a matéria de fato, objeto de prova discutida, poderia circunscrever a renovação da prova, lembrando que as provas servem os fatos, e se estes não se questionam, *quid juris* à renovação dos meios de prova sobre fato não controverso⁷⁸?

A discussão realmente aguça o conhecimento. Contudo, o que está em questão, nomeadamente em matéria processual criminal, é saber o que pode ou não ser considerado provado, mesmo em caso de nulidade invalidante, geradora de insuficiência probatória, e, para isso, a conclusão não será a mesma em se tratando de recurso da acusação ou da defesa.

Basta uma rápida exemplificação para se compreender o posicionamento.

Partindo da premissa trivial de que o ônus da prova, para condenação, é de quem acusa, enquanto que em caso de insuficiência de prova para condenação a absolvição é exigência, e imaginando a hipótese de concurso de crimes, em que um deles seja considerado inexistente por prova contrária (ou mesmo não provado), se o Ministério Público tiver recorrido, tão somente, para aumentar a pena do outro crime considerado provado, ainda que

⁷⁶ NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - Op. Cit., p. 1.084; *c.f.* ROBALO, António Domingos Pires - Op. Cit., p. 191; GONÇALVES, Pedro Correia - *Código de Processo Penal Aplicado no Tempo*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010, p. 577.

⁷⁷ CARVALHO, Paula Marques - Op. Cit., p. 630

⁷⁸ GRAÇA, António Pires Henriques da - Op. Cit., p. 114/115/119.

seja reconhecida a nulidade insanável na produção da prova da inexistência do crime absolvido (ou pela não realização de prova da acusação quanto a este, ou mesmo sua não consideração, apesar de documentada), como não houve insurgência sobre este fato (crime absolvido), qualquer consideração à respeito redundaria em *reformatio in pejus* (art. 617, do CPP), ainda que indireta acaso limitada à invalidação e reenvio.

Em síntese, mesmo nulidades absolutas correlacionadas a produção (ou ausência de produção) da prova não podem ser conhecidas de ofício em prejuízo da defesa⁷⁹. O Supremo Tribunal Federal referenda a mesma tese através da Súmula n.º 160, dispondo que «É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício».

Por outro lado, em benefício da defesa, mesmo que o recurso, de qualquer das partes, esteja limitado a questões outras que não a matéria dada como provada e, eventualmente, maculada, como não se imagina, em um Estado de Direito que se classifique legítimo, a possibilidade da condenação sustentada apenas na inexistência de insurgência quanto a matéria dada como provada, constatando a nulidade insanável na produção/valoração (ou mesmo na não produção de prova relevante) deverá o Tribunal reconhecê-la e, se for o caso, mesmo oficiosamente, determinar a renovação ou o reenvio.

A conclusão ora proposta racionaliza o sistema recursal, nomeadamente no que concerne a produção probatória, com os direitos fundamentais, deveras incidentes no objeto do estudo.

Portanto, mais do que constatar se o Tribunal pode reconhecer, oficiosamente, nulidades probatórias insanáveis, é mister perceber se deve assim proceder, ou seja, se esse reconhecimento poderá gerar outro gravame, tão ou mais pernicioso do que a invalidade que se pretendeu extirpar, circunstância que jamais pode passar despercebida. E esta questão tem toda relevância quando se analisa o caso sistemática e funcionalmente, mais ainda quando se tem por objetivo potencializar os fundamentos dos direitos fundamentais em sua essência.

1.6 – REENVIO – TOTAL OU PARCIAL

⁷⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini - *Op. Cit.*, p. 1.392; JESUS, Damásio de - *Código de Processo Penal Anotado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 550.

Superado o estudo na parte que se relaciona à renovação da prova, mister avançarmos para, não sendo este o caso, aplicar o instituto subsequente do reenvio do processo.

Como bem pontuado no Código de Processo Penal português, somente se lançará mão do reenvio do processo quando for inconcebível, dadas as circunstâncias do caso, a renovação da prova, nos seguintes termos:

«Artigo 426º - Reenvio do processo para novo julgamento - 1. Sempre que, por existirem os vícios referidos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410º, não for possível decidir da causa, o tribunal de recurso determina o reenvio do processo para novo julgamento relativamente à totalidade do objecto do processo ou a questões concretamente identificadas na decisão de reenvio».

A doutrina não destoa do carácter subsidiário que o reenvio do processo deve ter frente a possibilidade de renovação da prova⁸⁰, devendo ser manejado, nos exatos termos do dispositivo legal, «sempre que (...) não for possível decidir da causa» diretamente no Tribunal de apelação.

Prega-se, inclusive, que apesar de útil, a conversão em diligência, com o retorno dos autos à primeira instância, deve ser relegada a um segundo plano. Para além disso, devem os órgãos jurisdicionais de segunda instância serem estimulados à promoção de atos instrutórios, diretamente⁸¹ e sem remessa.

Entretanto, não se passa despercebido que a cassação tem sido a regra, também, no Brasil, e, o que é pior, sem a identificação do(s) ponto(s) a novamente enfrentar. «O desperdício e a lesão da economia e da celeridade processual ressentem-se»⁸².

Dito isto, forçoso concordar que os órgãos jurisdicionais devam ser estimulados à promoção de atos instrutórios diretamente na instância recursal e, mesmo quando impossível, utilizar do reenvio do processo com parcimônia/delimitação de objeto.

Mas quando é que não será possível/viável a renovação da prova diretamente e, com isso, necessário lançar mão do expediente do reenvio do processo?

⁸⁰ GRAÇA, António Pires Henriques da - *Op. Cit.*, p. 116.

⁸¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de - *Op. Cit.*, p. 439

⁸² BARREIROS, José António - *Op. Cit.*, p. 79.

A questão já restou analisada nos capítulos anteriores (1.4), especialmente quando se afastou, de pronto, a possibilidade de transformar o Tribunal do recurso em órgão (re)instrutório alargado/pleno.

Foi oportunamente dito que o terreno fértil para a instrução, sem dúvidas, está posicionado na primeira instância, porém sem afastar outros momentos probatórios, notadamente em se tratando de questões pontuais, sem contaminação de atos paralelos, garantido, sempre, o contraditório e a ampla defesa.

Logo, na exata medida em que não se pretende renovar de forma plena a instrução, de igual modo, constatada que a situação de nulidade/insuficiência contamina todas (ou a maior parte) as provas colhidas em instrução, inviável a renovação e, portanto, o caminho será o reenvio.

O que se vê atualmente não é isso, mesmo porque a renovação da prova em segunda instância é providência raríssima, enquanto sequer é analisada a dimensão do reenvio, limitando-se ao reconhecimento da nulidade/insuficiência probatória, muitas vezes sem a observância dos princípios correlacionados a sanação, com a anulação integral da sentença, pura e simplesmente, para que outra seja proferida em primeira instância.

Tal situação gera dilações, inclusive probatórias, desnecessárias, e isso sem qualquer ganho em segurança ou certeza para a parte cuja nulidade eventualmente aproveite.

No fundo, grande parte dos processos se limitam, ou excedem, em defesas meramente processuais, mesmo porque na matéria de mérito o insucesso já se faz anunciado.

Enfim, não se pode fechar os olhos para tal situação, ainda mais se os institutos ora em análise permitem, a valer, resguardado o direito de defesa, otimizar a produção da prova e desembocar à derradeira sentença de mérito, objetivo processual de aspiração inegável, ao menos em tese.

Justamente por isso é que, havendo espaço à renovação da prova diretamente nos Tribunais em que é dado o «poder supletivo», este deve ser manejado, somente restando ao reenvio as hipóteses de excessiva matéria probatória a renovar, com contaminação, de toda sorte, de fases postulatórias/embrionárias do processo.

Identifica-se, com isso, o «pressuposto limitador do reenvio» - exatamente a «viabilidade da renovação direta».

Superada a divisão, e constatando-se a imperiosidade do reenvio, quiçá mais importante do que ela, em si mesma, deverá o Tribunal se debruçar sobre sua «amplitude».

Reza o dispositivo legal (art. 426, n.º 1, do CPP português) que «(...) o tribunal de recurso determina o reenvio do processo para novo julgamento relativamente à totalidade do objecto do processo ou a questões concretamente identificadas na decisão de reenvio».

E tal conclusão não é derivada apenas do texto direto da lei (estrangeira), decorre do próprio princípio *tantum devolutum quantum appellatum* (art. 599, do CPP; c/c 515, do CPC/73 e 1.013, do NCPC).

Há várias hipóteses em que a situação de nulidade (e reenvio) parcial poderia ser implementada, mas não se constata sua aplicação na prática, instante em que o Tribunal tem se limitado a declarar a nulidade integral da sentença.

Ora, tratando-se de concurso de crimes, por exemplo, caso a insuficiência probatória corresponda a circunstância afeta a apenas um deles, qual é o sentido em se determinar a anulação integral da sentença, notadamente se, na parte correlacionada aos demais delitos considerados provados, não houve insurgência por parte da defesa?

O mesmo se poderia concluir nos casos de concurso de pessoas, precipuamente se a hipótese for desprovida de efeito extensivo⁸³.

Outra situação constatada comumente no processo penal é eventual nulidade, ou insuficiência probatória, que se circunscreve à graduação de pena. Em casos tais, permanecendo a própria condenação irrecorrida, provavelmente será o caso do mero reenvio parcial apenas para nova graduação, após a produção/valoração da prova omitida, e isso, repita-se, não sendo o caso de resolução imediata pela segunda instância, ainda que com o manejo da eventual renovação da prova.

No processo civil a possibilidade de reenvio parcial é ainda mais enfática, nomeadamente em face das hipóteses multivariadas de cumulação de pedidos, lembrando que nestes processos, na maior parte das vezes, confrontam-se direitos ou interesses com acentuada (ou até exclusiva) natureza dispositiva.

⁸³ «Art. 580, do CPP - No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de carácter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros».

Seja como for, o que o estudo do «reenvio» do processo deixa claro, situação que deve ser finalmente enfrentada pela jurisprudência dos Tribunais, é a possibilidade de sua «aplicação parcial», a fim de que a instância de piso reanalise tão somente a questão contaminada, devidamente individualizada, salvaguardando a parte da sentença sobre a qual não haja controvérsia, especialmente no que toca à matéria de fato dada como provada, racionalizando, com isso, a prestação jurisdicional, concomitantemente com o devido resguardo do amplo direito de defesa.

2 - O ENFRENTAMENTO DAS NULIDADES PROCESSUAIS PELOS TRIBUNAIS

Ingressando na análise das nulidades processuais propriamente ditas e seu enfrentamento pelos Tribunais Recursais, mister algumas considerações prévias, comumente apontadas pela doutrina à obtenção da ordem jurídica justa, circunstâncias que devem ser consideradas pelo operador do direito, sobretudo quando enfrenta questões formais junto ao processo.

Primeiramente, a matéria das nulidades processuais se posiciona como tema de teoria geral do processo, teorizado uniformemente, tanto no âmbito civil, penal, trabalhista ou administrativo⁸⁴.

Já sob o aspecto funcional, não se pode olvidar do alto custo do processo (e aqui não se está a tratar apenas das custas, mas dos gastos com procuradores, perícias, recursos, deslocamentos, etc.); o tempo, que comumente reflete aos menos assistidos; defesas exclusivamente processuais em oposição ao direito material; quantidade/complexidade das leis; formalismos excessivos; entre outros⁸⁵.

E a sociedade, cada vez mais, reclama por prestações jurisdicionais que resolvam seus problemas, estando o juiz equidistante e aprisionado nos formalismos processuais.

Faz-se necessário, portanto, democratizar a Justiça e o acesso ao direito, o que passa, inegavelmente, pela desburocratização e simplificação dos atos processuais, e isso é possível, também, na seara da interpretação jurídica, a fim de que seja prestada a tutela jurisdicional no tempo e modo exigidos⁸⁶.

O operador do direito moderno deve sempre revisar aquela percepção puramente formal do direito (e do processo), aspecto determinante para compreensão das nulidades processuais⁸⁷, até porque o direito não pode mais ser considerado um sistema fechado, mas

⁸⁴ CABRAL, Antônio do Passo - *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 348.

⁸⁵ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *O Princípio do Devido Processo Legal - Direito Fundamental do Cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 196-201.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 201.

⁸⁷ SCARPARO, Eduardo - *As Invalidades Processuais Cíveis na Perspectiva do Formalismo-Valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 28.

sim o meio pelo qual o Estado se serve para promover os valores e atingir determinados fins públicos⁸⁸.

Sob o aspecto da influência dos direitos fundamentais, também não se pode perder de vista que o «formalismo-valorativo» reforça a necessidade de conjugação do procedimento com os valores constitucionais, conduzindo necessariamente ao «estudo voltado ao normativo em conjunto com o axiológico de matriz substancial, real e objetiva»⁸⁹.

E essa invariável aproximação do processo com os valores que o integram torna impossível não se analisar a questão sob o aspecto substancial, real e axiológico, quando o operador do direito é confrontado com uma nulidade processual. Isso porque o reconhecimento de uma nulidade, com o consequente retrocesso processual, causa reflexos negativos ao processo e a sociedade, somente se justificando quando imprescindível à tutelar direitos fundamentais. Quando o reconhecimento da invalidade se torna regra não calibrada, vulnera direitos, também fundamentais, contrapostos⁹⁰.

2.1 – ASPECTOS GERAIS

A desmistificação do tema das invalidades processuais deve ter por norte a tendência histórica de flexibilização e liberalização das formas processuais, premissa que exige a permanente mudança de paradigma⁹¹. Reconhece-se, ainda, que a maior parte dos casos de nulidades se inserem na categoria das irregularidades, com possibilidade de sanção como regra, podendo-se afirmar que a tipologia das nulidades exige invalidação apenas em hipóteses restritas⁹².

Dito isso, a doutrina reconhece, especialmente quando diante de um sistema de nulidade tarifada, que as infrações mais graves geram nulidades insanáveis, oficiosamente declaradas; infrações médias formatam nulidades dependentes de arguição, sob pena de preclusão; enquanto que as infrações mais leves remanescem como irregularidades⁹³. Há

⁸⁸ PERELMAN *apud Ibid.*, p. 71.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 75.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 116.

⁹¹ *Ibid.*, p. 105.

⁹² BARREIROS, José António - *Op. Cit.*, p. 76.

⁹³ MENDES, Paulo de Sousa - *Lições de Direito Processual Penal*, p. 146.

também quem trabalhe a ideia de vícios mínimos atrelados a meras irregularidades; vícios intermédios geradores de nulidades absolutas/insanáveis ou relativas/sanáveis; e vício máximo ligados a inexistência jurídica⁹⁴.

Além disso, como já esclarecido no capítulo próprio (1.3), enquanto os atos nulos restam superados, quando não antes pela preclusão, com o trânsito em julgado, os vícios que dizem respeito à proibição da prova ultrapassam, inclusive, este termo⁹⁵.

Contudo, não se pode lançar mão, e sempre, de uma tabela aritmética que balize todas as hipóteses/circunstâncias das nulidades processuais. O operador do direito deve buscar sempre o «equilíbrio» entre a forma e a liberdade, visto que, se por um lado a ausência de forma é um mal, mais ainda o é sua subversão funcional. Não se deve privilegiar atos destituídos de sua forma original, entretanto, não se pode perder de vista que tais formalidades só se justificam quando direcionadas ao escopo processual de distribuir a Justiça. Em síntese, não se pode confundir formalidade com burocracia⁹⁶.

E a formalidade desconexa, verdadeira tentação ao operador do direito, muitas vezes influencia o próprio julgador, especialmente porque é mais cômodo prolatar decisões formais, muitas vezes com reconhecimento de nulidade que nada acrescenta ao processo, não só porque a fundamentação exigida é mais simples, mas, e principalmente, por reduzir o peso/responsabilidade da decisão⁹⁷.

Longe de defender qualquer liberalização absoluta das formas, pelo contrário, o magistrado deve velar pela prevenção das nulidades. O Novo Código de Processo Civil de 2015, através do artigo 139, inc. IX, estabelece que é dever do juiz sanear os eventuais vícios processuais existentes.

O processo onde o direito é gerado está intimamente ligado a justiça do caso concreto, exigindo-se «superioridade ética». O crime não pode ser combatido através de outros ilícitos⁹⁸, lembrando, também, que o mecanismo das nulidades processuais, mesmo conjugado com os direitos fundamentais, tem um «propósito mais modesto» e «alcance

⁹⁴ SANTOS, Manuel Simas *et alli* - *Código de Processo Penal Anotado*, p. 731.

⁹⁵ MENDES, Paulo de Sousa - *Op. Cit.*, p. 266.

⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 14.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁹⁸ CORREIA, João Conde - *A Distinção entre Prova proibida ...*, p. 177.

restrito». Seu objetivo é regular o bom funcionamento do processo, não se podendo comparar um ilícito material com um ilícito processual, simples *error in procedendo*⁹⁹.

Além disso, quando identificado o defeito, deve ser corrigido imediatamente.

O que se prega, na verdade, é que as formalidades sejam analisadas de forma racional, tendo por espeque sua utilidade ao processo¹⁰⁰. Portanto, deve-se considerar a «invalidação» do ato apenas uma consequência «possível» ou «potencial» dada a não observância do modelo normativo processual, não uma sanção obrigatória e desconectada, já que uma coisa é o defeito (vício), outra é sua consequência potencial (invalidação)¹⁰¹.

Outra dissociação relevante, no contexto analisado, entre o direito material e o processual, é que, diferentemente daquele, neste todos os vícios são, em regra, superáveis, configurando rara exceção a nulidade absolutamente insanável¹⁰², e isso com maior propriedade em ordenamentos processuais como o nacional, que adota um sistema de legalidade temperada e, por conseguinte, de flexibilidade formal, destacando-se os momentos diversos entre o reconhecimento da atipicidade e o da decretação da invalidade¹⁰³.

Portanto, fixadas as ideias gerais do que circunda o estudo das nulidades processuais, mister avançarmos para a análise dos princípios processuais correlacionados, cuja finalidade, quando constatada a nulidade, é evitar o momento seguinte, ou seja, a invalidação.

2.2 – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Existem vários princípios processuais vigentes que procuram balizar as regras correspondentes às nulidades processuais.

Porém, o âmbito de aplicação de tais princípios varia de acordo com regime jurídico do sistema de nulidades adotado pelo código.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 184/185.

¹⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 15/16.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 23/24; MEDINA, José Miguel Garcia - *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 426/427.

¹⁰² CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 186.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 193.

É assente, como regra, que no sistema tarifado ou legal, onde vigora o princípio *numerus clausus* em matéria de nulidades, não se admite a extensão do Código de Processo Civil para análise das nulidades e, conseqüentemente, a necessidade ou não de sua invalidação, justamente porque onde vigora o princípio da legalidade não haveria, em tese, lacunas¹⁰⁴.

Nesse sistema as hipóteses de nulidades, e suas conseqüências, já se apresentam expressa e taxativamente em lei, portanto a distinção perde grande parte do relevo prático¹⁰⁵. Então, quando não há cominação de nulidade, o ato se limita a mera irregularidade¹⁰⁶.

Entretanto, como o sistema tradicional tarifado tem se demonstrado insuficiente¹⁰⁷, atualmente o direito comparado tem optado por sistemas que procurem harmonizar princípios de solução para uma «concordância prática», sempre no intuito de conciliar valores antagônicos, atingindo um processo penal justo, mas, também, célere, econômico e eficiente¹⁰⁸.

Vejamos, então, os principais princípios processuais sensíveis às hipóteses de nulidades processuais, de forma individualizada e concatenada.

2.2.1 – liberdade das formas

O princípio da liberdade das formas comumente é mal empregado ou compreendido pelos operadores do Direito.

Não se nega a importância das formas dos atos processuais, mesmo porque impensável um ato sem qualquer regulamentação ou forma. O que se defende é que ordenamento jurídico possa apresentar elasticidade à garantia puramente formal¹⁰⁹.

¹⁰⁴ PIMENTA, José da Costa - *Código de Processo Penal Anotado*, p. 378.

¹⁰⁵ CORREIA, João Conde - *Contributo ...*, p. 111/112.

¹⁰⁶ RIBEIRO, Vinício A. P. - *Op. Cit.*, p. 317.

¹⁰⁷ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 365.

¹⁰⁸ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁰⁹ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 121.

Atualmente, a doutrina mais autorizada defende a ideia de que um ato processual nada mais é do que «conteúdo» e «forma». Portanto, a forma deve ser direcionada ao conteúdo, mesmo porque sem ele perde sua essência e sua razão de ser¹¹⁰.

Aliás, o novo Código de Processo Civil positivou o princípio (art. 188), o que não apresenta nenhuma novidade, vez que o CPC/73, da mesma forma, regulamentava a questão (art. 154).

Atrelado ao princípio da finalidade, que será abordado mais adiante (2.2.3), tem por síntese que a forma cumpre, essencialmente, a finalidade de «ordenar» e «sistematizar» a produção do ato, devendo guardar consonância estrita ao objetivo buscado.

2.2.2 – instrumentalidade

A instrumentalidade das formas dos atos processuais, derivação da própria instrumentalidade do processo, estabelece que esses são meios colocados pelos legislador para atingir fins.

Justamente por isso a mera presença de vício não basta à correspondente invalidação. E para definir se um determinado ato, ainda que não cumprida sua forma, deve ou não ser invalidado, imprescindível se faz analisar a situação de forma englobada, exigindo-se o efetivo prejuízo e o correspondente desvio de finalidade¹¹¹.

Apesar de formal, processo é, essencialmente, instrumento ou, em outras palavras, meio para o se atingir fins. Portanto, se estes são atingidos, inferioriza-se, salvo exceções, a desobediência formal¹¹².

Ainda que produzidos de outra forma, a invalidade não será pronunciada se os «objetivos» forem atingidos, buscando-se o sentido teleológico da norma¹¹³.

O respeito ao tipo é exigido, contudo, apenas na exata medida do indispensável à sua finalidade¹¹⁴.

¹¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia - *Op. Cit.*, 429.

¹¹¹ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 130.

¹¹² PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 261.

¹¹³ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 44/45.

¹¹⁴ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 133.

Há, ainda, quem considere que a instrumentalidade das formas apresenta o fundamento processual mais importante em matéria de nulidades/invalidade¹¹⁵.

Seja como for, o estudo deverá ser conjugado com os demais princípios que se seguem.

2.2.3 – finalidade

Partindo da premissa de que as normas são editadas para cumprir finalidades, forçoso concluir que não podem subsistir senão para promover valores.

Na perspectiva instrumentalista do processo, o método teleológico conduz à visão de instrumento predisposto à realização de objetivos eleitos¹¹⁶.

Normas processuais contém, inegavelmente, uma «valoratividade positivada», existindo para promover valores culturalmente assentados. Assim, imprescindível investigar a «relação axiológica» da forma estabelecida com o substancial-real¹¹⁷.

O cumprimento, ou não, de uma formalidade, ou melhor, a invalidação, ou não, do ato, pelo descumprimento da forma, explicita o «conflito axiológico estrutural», mesmo porque a efetividade processual pressupõe a superação da invalidade e o aproveitamento do ato; enquanto que a segurança jurídica tenderá à invalidação. Contudo, se não houver valores a serem tutelados, o privilegiar a forma será evidenciadamente excessivo¹¹⁸, lembrando que a forma existe tão somente para proteger o processo de ilegalidades, não para protegê-lo da axiologia¹¹⁹.

Em outras palavras, como a «forma» não pode ser dissociada de sua «função», cumprida esta, a nulidade não deve gerar a consequente invalidação, eis que preservada em sua essência¹²⁰.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 131.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel - *A Instrumentalidade do Processo*. 15.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 178.

¹¹⁷ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 75

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 114/115.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 137/138.

¹²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia - *Op. Cit.*, p. 433.

O tipo processual só pode ser racionalmente entendido como meio para se garantir fins. Então, cumprida a finalidade, o vício não apresentará qualquer repercussão e, portanto, a segurança jurídica não será concretamente afetada, não apresentando motivação suficiente à restrição da efetividade contraposta. O que o operador do direito deve analisar é, portanto, quais os valores que sustentam o ato¹²¹.

Destarte, quando não afetar o valor do ato a irregularidade deve ser tida por inócua¹²².

De igual modo, quando o interessado tiver prevalecido da faculdade a que o ato se dirigia, seria demasiado reconhecer a invalidade, na medida em que a repetição não traria nada de novo (realização dos objetivos definidos pelo legislador) que já não alcançado¹²³.

E essa «finalidade» deve ser analisada e entendida, não de acordo com a intenção de quem o pratica (aspecto subjetivo), mas de acordo com a função atribuída pela Lei (aspecto objetivo)¹²⁴.

Esclareça-se, ainda, que não será qualquer faculdade ou objetivo vulnerado suficiente à invalidação. Em epítome, a «essencialidade» está para a «invalidade», assim como a «utilidade» está para a mera «irregularidade»¹²⁵.

Analisa-se o ato por um «ângulo funcional», através de valores constitucionalmente assegurados¹²⁶. E quando cumpridas as finalidades valorativas, as exigências formais revelam mero «adorno»¹²⁷, insuficientes à consequente invalidação.

Não se ignora que o direito processual penal constitua o «sismógrafo» do ordenamento constitucional. Mas tal circunstância não deve ser encarada apenas como limite, mas incentivo a colmatação de lacunas, conjugando configurações mais adequadas à proteção dos direitos, tanto do arguido, quanto da vítima e da sociedade¹²⁸.

¹²¹ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 115.

¹²² GONÇALVES, M. Maia - *Op. Cit.*, p. 341.

¹²³ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 180.

¹²⁴ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 137.

¹²⁵ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 112.

¹²⁶ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 132/133.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 135.

¹²⁸ CABRAL, António Henriques Santos - O Regime dos Recursos em Processo Penal. *Colectânea de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”. ISSN 0870-7979, Ano VIII Tomo III (2000), p. 26.

A finalidade também não é legitimamente buscada quando diante do instituto do «abuso do direito».

Através desse, um direito abstratamente legítimo se apresenta ilegítimo, no caso concreto, quando se persegue um fim estranho ao direito preestabelecido, ou porque violados princípios como bons costumes e boa-fé, ou, ainda, porque feridos interesses juridicamente protegidos¹²⁹.

Esse desvio de exercício pode ser classificado como a prática de um direito para se atingir fins alheios à sua *ratio*.

Há discrepância entre a aparência de uso do direito e a ação sem direito pelo «exercício anti-funcional». Nessas hipóteses, o exercício do direito contraria o fim que presidiu a consagração constitucional do direito. Não seria a violação da letra, mas do espírito da norma que o direito tutela¹³⁰.

Em síntese, há abuso do direito mesmo quando o fim não é reprovável, se o meio exceder uma «medida racional»¹³¹.

O princípio da finalidade dos atos processuais encontra-se positivado no artigo 277, do novo Código de Processo Civil, derivado do antigo 244, do CPC/73, possuindo, ainda, correspondente no artigo 572, inc. II, do CPP.

2.2.4 – prejuízo

O princípio do prejuízo, também chamado «princípio da transcendência», ou, ainda, «*pas de nullité sans grief*», estabelece o núcleo da invalidade como sendo a efetiva vulneração ao direito de defesa. Esta situação ocorre quando o uso alternativo dos meios acarrete efetivo prejuízo ao que se pretendia demonstrar como tese¹³².

¹²⁹ NOVAIS, Jorge Reis - *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 487/488.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 495/496.

¹³¹ LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 6.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 583.

¹³² SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 132.

Exige-se, para o reconhecimento da nulidade, sob esse aspecto, mais do que a violação do texto legal, verdadeira «violação do espírito» do texto, ou melhor, uma «violação de fundo»¹³³.

O próprio CPP português, no n.º 2 do art. 123.º, consagra o princípio da «relevância material da irregularidade», sendo que apenas as irregularidades relevantes, ou seja, as que afetem o valor do ato praticado, devem ser invalidadas e, portanto, repetidas¹³⁴.

Aliás, sobre o tema o STJ de Portugal (Ac. STJ de 21-04-1994, BMJ, n.º 436, p. 266) assentou que «Se a ilegalidade cometida não for adequada a afectar o valor do acto praticado não se verifica a esta irregularidade mas sim uma ilegalidade inócua e irrelevante»¹³⁵.

Para tanto, o titular da faculdade deverá comprovar que o descumprimento da forma influenciou, efetivamente, o resultado do processo para que se decrete a invalidade suscitada¹³⁶.

Assim, para constatação, ou não, do efetivo prejuízo, o descumprimento da forma deve ser analisado em «duas perspectivas», tanto da «teologia prática do ato», quanto da «direção aos valores sustentados pelo tipo»¹³⁷.

Em que pese o princípio ter reconhecidamente menor amplitude em sistemas taxativos de nulidades, chegando parte da doutrina a reconhecer a impossibilidade de sua aplicação, sob pena de violação dos princípios da separação dos poderes e da legalidade¹³⁸, em sistemas meramente enunciativos a aplicabilidade deste princípio é de sua essência.

No entanto, em quaisquer dos sistemas, é assente que não se declara a invalidade quando o interessado usufruir da faculdade a cujo exercício o ato se destinava¹³⁹.

O recorrente deve demonstrar que o descumprimento da forma foi decisivo para o resultado final. Do contrário, se for classificada como redundante, supérflua ou

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza - *Op. Cit.*, p. 956.

¹³⁴ NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - *Op. Cit.*, p. 311.

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 50-52.

¹³⁷ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 133.

¹³⁸ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 79.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 154/155.

desnecessária, por não fornecer novos dados substanciais para a alteração do *decisum*, a nulidade deve ser superada¹⁴⁰.

Há corrente que reconhece a incidência do princípio apenas para as nulidades relativas¹⁴¹, apesar de que, conforme salientado como escopo do princípio, o pressuposto da invalidade será a demonstração de que o conteúdo, objeto do ato viciado, restou vulnerado e isso pode não se constatar em qualquer das espécies da nulidade. Por esse motivo, ainda que de forma mais restrita, não deve ser desconsiderada desproporcional a incidência, também, às nulidades absolutas.

O princípio da imprescindibilidade do prejuízo foi previsto, de forma expressa, tanto nos parágrafos dos arts. 282 e 283, do NCPC; quanto nos parágrafos dos arts. 249 e 250 do CPC/73; no art. 563, do CPP; no art. 499 do CPPM; e, inclusive, secundada pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula 523, aduzindo que «No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu».

2.2.5 – economia processual

O princípio da «economia processual», da «conservação», também citado como da «conversão» dos atos processuais, decorre do próprio princípio da celeridade e eficiência, impondo a lei à autoridade judiciária o dever de aproveitar ao máximo a atividade desenvolvida no curso do processo¹⁴².

O operador do direito não pode se dar ao luxo de, simplesmente, dada a constatação de nulidade formal, proceder à invalidação sem a análise funcional das circunstâncias e dos efeitos, sobretudo porque a invalidação gerará a repetição do ato e, por conseguinte, gastos públicos a atingir o desiderato - sentença de mérito .

¹⁴⁰ RIFÁ SOLER, José Maria; VALLS GOMBAU, José Francisco - *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Iurgium Editores, 2000, p. 293/294.

¹⁴¹ CAPEZ, Fernando - *Curso de Processo Penal*. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 653.

¹⁴² PIMENTA, José da Costa - *Op. Cit.*, p. 390.

Como o processo não pode ser considerado um fim sim mesmo, bem como não apresentando os atos processuais formas intransponíveis, não se pode perder de vista que a ideia de meio para solução dos conflitos de interesses¹⁴³.

Este princípio decorre da necessidade de se empreender esforços para se atingir o melhor resultado com um mínimo de força ou prática de atos processuais. Na medida em que todos os atos processuais geram custos, refletidos no Estado e na sociedade, quanto mais atos processuais forem realizados maior o preço/custo do processo.

Justamente por isso o que se busca é a «equalização» da «maior eficiência» com «menor custo» ou contraprestação possível¹⁴⁴.

Não se defende que o manejo do princípio da economia processual tenha por escopo vulnerar garantias, mas estabelecer um «vetor interpretativo-racional» da aplicação das regras processuais, estando inserida na problemática, de igual modo, a «gestão econômica das formalidades»¹⁴⁵.

O princípio tem por aspiração ou meta a restrição, até onde possível, da invalidação, e isso apesar do vício, baseando-se na pertinência, relevância e necessidade.

A doutrina de vanguarda tem dado relevo ao princípio em voga, tendo por esteio sempre a ideia de «forma-função», a fim de ser evitada a inútil duplicação dos atos processuais, desprezando o supérfluo e incentivando a imediata correção preventiva do ato defeituoso¹⁴⁶.

A economia processual é identificada através de três comandos normativos, a saber:

- a) postulado político-axiológico ou de orientação programática da legislação processual;
- b) critério interpretativo para se atingir o objetivo da lei; e
- c) parâmetro de uniformidade da aplicação prática da lei¹⁴⁷.

¹⁴³ CAPEZ, Fernando - *Op. Cit.*, p. 654.

¹⁴⁴ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 124.

¹⁴⁵ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 347.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 347/348.

¹⁴⁷ COMOGLIO *apud* SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 125.

Inegável, com isso, que a invalidação somente deve ocorrer quando falharem as tentativas de aproveitamento processual, eis que o princípio da economia processual tem acentuada interferência na análise da nulidade e suas eventuais consequências, conduzindo à superação de atos supérfluos e renovação apenas dos essenciais ao correto desenvolvimento processual¹⁴⁸.

2.2.6 – convalidação

O princípio do «aproveitamento», ou «convalidação» dos atos processuais, também chamado de «princípio da sanção», não se preocupa com a nulidade em si, mas com sua consequência.

O que se pretende é «curar» ou «restabelecer» o ato viciado, impedindo, com isso, a decretação da invalidade, mesmo que reconhecida a vicissitude.

Em outras palavras, o princípio não age para afastar o vício, mas para impedir o mal que o desvio do vício gera, seja anterior ou posterior a prática do ato tido por nulo¹⁴⁹.

Determinado ato ou comportamento, agregado ao ato viciado, substitui o elemento faltante ou nulo, gerando, com isso, sua convalidação¹⁵⁰.

O que importa para o reconhecimento da validade do ato, sob esse aspecto, é que o interessado tenha se prevaído da faculdade e que o ato tenha atingido, direta ou indiretamente, sua finalidade¹⁵¹.

São apontados como circunstâncias aptas a convalidar um ato, *a priori*, defeituoso, a aquiescência, a preclusão e a ausência de legítimo interesse¹⁵².

Aquiescência, ou concordância, pressupõe que, mesmo ciente da inobservância da forma, tenha existido aprovação da parte na prática do ato.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 127.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 139.

¹⁵⁰ PIMENTA, José da Costa - *Op. Cit.*, p. 386.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 387.

¹⁵² SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 140.

Embora apresente campo de atuação mais sensível às nulidades relativas, fato é que, através da aquiescência, o interessado reconhece que o conteúdo de fundo foi atingido, independentemente da forma inquestionada. Destarte, despidiend a invalidação daquilo que já se foi obtido/considerado.

Por sua vez, a preclusão e o interesse serão analisados em capítulo a parte (2.2.8 e 2.2.10, respectivamente), merecendo, por ora, apenas seu registro.

Analisado-se o art. 121, n.ºs 1 e 2, do CPP português, conclui-se que a sanção pode ser estabelecida, tanto pela a) superveniência de um ato ou comportamento do interessado; quanto b) pela superveniência de um novo elemento com capacidade de substituição do elemento nulo¹⁵³.

Seja como for, em síntese, se a parte obtém, antes, durante ou depois, a prova que pretendia através do ato viciado, promover a invalidação, pura e simplesmente, corresponderia a resguardar forma, sem nada acrescentar à busca da verdade material, e isso com prejuízos funcionais ao estabelecimento da Justiça e à sociedade. É exatamente nessa medida que o princípio tem pertinência e é estudado.

2.2.7 – causalidade

As nulidades processuais não são indissociáveis, como regra. Logo, a invalidade parcial de um determinado ato, se não decorre, muito menos irradia efeitos para além dele, não é apto a contaminar atos outros que com ele não se relacionem.

Aplica-se aqui o brocardo *utile per inutile non vitiatur*.

Trata-se, como também denominado, do «princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais».

No entanto, casos há em que o «efeito expansivo das nulidades» acaba por atingir atos antecedentes ou subsequentes, umbilicalmente dependentes do ato viciado. Nestas

¹⁵³ PIMENTA, José da Costa - *Op. Cit.*, p. 386.

hipóteses, todos os atos contaminados, direta ou indiretamente pelo vício, devem ser invalidados¹⁵⁴.

O que se deve estabelecer é uma «dependência funcional», «substancial» ou «causal»¹⁵⁵ e não simplesmente acidental ou temporal. Dito de outro modo, o ato cuja nulidade é derivada deve ter no ato originário viciado sua «premissa lógica ou jurídica» de validade¹⁵⁶.

O «efeito expansivo» das nulidades processuais devem ter em conta apenas a contaminação daquilo que não possa ser tido por indissociável¹⁵⁷. Por conseguinte, ainda quando declarada uma invalidade, devem ser aproveitados todos os atos que possam ser salvos, que com ele não se contaminem, renovando-se apenas os necessários, desde que possíveis¹⁵⁸.

Exemplificativamente, uma eventual nulidade decorrente de prova pericial, em regra, não deve contaminar a produção da prova testemunhal¹⁵⁹.

No entanto, seja na «invalidade sucessiva», quando a nulidade de um ato posterior incide sobre um ato anterior; seja na «invalidade derivada», quando o vício antecedente se comunica aos atos que se seguem, os atos correlacionados sofrem a consequência do ato originalmente viciado, devendo ser, de igual forma, invalidados¹⁶⁰.

Assim como a invalidação irrestrita dos atos processuais encontraria óbice no próprio princípio da economia processual, por outro lado a restrição completa das invalidades também seria confrontada pelo princípio da legalidade do procedimento.

Justamente por isso o que se busca é uma posição intermediária, estendendo-se a declaração da invalidade apenas para atos manifestamente dependentes, residindo nesta «dependência» o âmago do princípio¹⁶¹.

¹⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção - *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 440/441.

¹⁵⁵ NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - *Op. Cit.* p. 309.

¹⁵⁶ SILVA, Germano Marques - *Curso ...* Vol. 2, p. 132.

¹⁵⁷ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 54.

¹⁵⁸ SILVA, Germano Marques - *Op. Cit.*, p. 133.

¹⁵⁹ SUAN MOREY, Jaime - *Tutela Constitucional de Los Recursos en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Boch Editor, 1995, p. 35.

¹⁶⁰ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 135.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 136.

Enfim, o que precisa ser identificada é a «decorrência» lógica da «nulidade derivada» ante a «nulidade originária», sem a qual, apesar desta, aquela não deve gerar invalidação¹⁶².

Tal princípio encontra-se fulcrado nos arts. 281 e 282, do NCPC, correspondente aos antigos 248 e 249, do CPC/73; e no art. 573, do CPP; assim como no art. 122.º, n.º 3, do CPP português.

2.2.8– interesse

De largada, deve ser pontuado que, apesar da prova, após a sua produção, poder ser utilizada por quaisquer dos atores processuais, fato é que a produção da prova em si comumente é do interesse de apenas uma das partes, sobretudo daquela que a propôs.

Em razão disso, o litigante que não possuir interesse processual não poderá suscitar a nulidade correlacionada ao ato processual omissivo, ou mesmo mal produzido, salvo exceções.

Veda-se, com a aplicação do princípio, que sejam suscitadas nulidades contra a boa-fé, com manifesto propósito protelatório¹⁶³, mesmo porque em nada aproveitaria ao suscitante.

Como já esclarecido anteriormente, a amplitude do princípio é correlata, *a priori*, às nulidades ditas relativas¹⁶⁴, mesmo porque há certas formalidades que, a par de proteger direitos individuais, protegem também direitos da coletividade ou de uma pluralidade considerada de pessoas, relegando a regra do interesse a um segundo plano¹⁶⁵.

Porém, mesmo em se tratando de nulidades absolutas, não se pode olvidar da máxima *venire contra factum proprium*, ou mesmo *nemo allegans propriam turpitudinem auditur*, o que obsta a alegação de nulidade pela parte que deu causa ao vício¹⁶⁶.

Doutrina e jurisprudência refutam a utilização de «nulidade de algibeira» ou de «bolso», mesmo para as hipóteses de nulidades absolutas, reconhecendo antijuridicidade na

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza - *Op. Cit.*, p. 978.

¹⁶³ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 226.

¹⁶⁴ PIMENTA, José da Costa - *Op. Cit.*, p. 385; NUCCI, Guilherme de Souza - *Op. Cit.*, p. 971.

¹⁶⁵ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 171/172.

¹⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 53

omissão propositada da parte, e, portanto, mitigado o prejuízo, por se postergar a discussão das nulidades para momento oportuno¹⁶⁷.

Logo, por obviedade que a vedação de condutas contraditórias deve imperar, precipuamente, nos casos de meras irregularidades¹⁶⁸.

O princípio do interesse, no que toca especificamente à matéria das nulidades processuais, está previsto no art. 276, do NCPC, correspondente ao antigo 243 do CPC/73; assim como no art. 565, do CPP.

2.2.9– conversão ou fungibilidade

Pelo princípio da conversão ou fungibilidade, se um ato processual, dado o vício de forma, subsistir em menor amplitude, poderá ser também aproveitado com efeitos menores, correspondente a outra tipologia¹⁶⁹, nomeadamente se o interessado demonstrar interesse em tal providência¹⁷⁰.

Fala-se, também, em «redução do ato processual», regra esta contida no art. 201.º, n.º 2, do CPC português, admitindo que o juiz possa conservar alguns dos componentes do ato inválido, desde que suficientes à subsistência autônoma¹⁷¹.

Há quem nomine o fenômeno como «confinamento das nulidades processuais», admitindo a manutenção da parte destacada, na medida em que não contaminada pelo vício¹⁷².

Esta regra encontra-se positivada no art. 281, segunda parte, do NCPC, repetindo comando já disposto no antigo 248, segunda parte, do CPC/73.

¹⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção - *Op. Cit.*, p. 437; «(...) A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada "nulidade de algibeira ou de bolso" (...)» (STJ - 3ª T. EDcl no REsp 1424304/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 12/08/2014, DJe 26/08/2014).

¹⁶⁸ NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - *Op. Cit.*, p. 311.

¹⁶⁹ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 61.

¹⁷⁰ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 187.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 188/189.

¹⁷² NEVES, Daniel Amorim Assumpção - *Op. Cit.*, p. 441/442.

2.2.10 – preclusão

Partindo-se do pressuposto que o processo é um caminhar à frente, os atos devem ser desenvolvidos de forma concatenada a fim de que a sentença de mérito seja, finalmente, prolatada.

Justamente por isso, constatada a existência de eventual vício na produção de qualquer ato processual, a parte deve se manifestar na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, não sendo legítimo «guardar trunfos» processuais¹⁷³.

A preclusão, como forma de evitar que o interessado pudesse suscitar a nulidade apenas quando e se lhe conviesse, tem por escopo, para além de evitar conduta reprovável, reduzir a possibilidade de inutilização processual com marcha avançada, somando-se à inércia do interessado, com custos expressivos que seriam mais módicos se imediatamente suscitada a nulidade¹⁷⁴.

A «preclusão» pode ser subdividida em «temporal», «lógica» ou «consumativa».

A mais comum é a preclusão temporal, que se consuma quando decorrida a primeira oportunidade de falar nos autos, sem manifestação específica acerca da nulidade.

Decorrido o prazo, o ato então eivado de nulidade se perfectibiliza, mantendo o processo estabilizado e sem o retorno as fases iniciais.

Apesar de ser a mais comum, a preclusão temporal não é a única. Ocorre a preclusão consumativa quando o ato é realizado na sua inteireza. O maior exemplo ocorre com os recursos que, uma vez interpostos, não permitem sua reedição, retificação ou renovação, apesar de admitida a desistência.

Por sua vez, a preclusão lógica pressupõe a realização de ato manifestamente contrário ao intento de invalidação.

E onde ocorre a preclusão não há espaço à manutenção da discussão de invalidade, sequer sob alegação de que a questão afeta direito de liberdade¹⁷⁵.

¹⁷³ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 217.

¹⁷⁴ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 179.

¹⁷⁵ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 361.

A preclusão, por sua vez, ocorre, em regra, para as hipóteses de nulidade relativa, porém mesmo as nulidades absolutas possuem termo final à arguição. Estas podem ser suscitadas enquanto o processo não transita em julgado, estabilizando-se após isto¹⁷⁶.

Contudo, vícios mais graves com os da inexistência ou da proibição da prova, como sobredito, não prevalecem mesmo após o trânsito em julgado, muito menos precisam ser suscitadas.

Em poucas palavras o vício da inexistência só aparentemente transita em julgado¹⁷⁷.

A doutrina também aponta, além da divergência momentânea para serem suscitadas, diferença no «perfil interno» entre a nulidade absoluta e a inexistência. Enquanto a «nulidade absoluta» consiste em simples «imperfeição *fattispecie*», apesar de grave, com o que o ato, embora identificado em um modelo legal, encontra-se imperfeito em, pelo menos, um de seus elementos, sendo, com isso, existente, porém inválido; no ato processual «inexistente» não se pode falar sequer em *fattispecie*, motivo pelo qual é, desde logo, inapto à produção de qualquer efeito, a todo tempo¹⁷⁸.

Em síntese, vícios processuais geradores de nulidades relativas estão suscetíveis a prazos preclusivos; vícios correlacionados a nulidades absolutas somente são superáveis pela coisa julgada; enquanto que máculas classificadas como inexistência (na qual se inserem as proibições da prova) sequer transitam em julgado, podendo ser suscitadas a qualquer momento, mesmo após o esgotamento da fase recursal.

Seja como for, os Códigos de Processo Civil e Processo Penal possuem diversos prazos preclusivos estabelecidos e em vários contextos, sendo desnecessário, no estudo em voga, analisá-los um a um, mesmo porque o que aqui interessa é apenas o conceito do instituto.

¹⁷⁶ SILVA, Germano Marques - *Op. Cit.*, p. 119; PIMENTA, José da Costa - *Op. Cit.*, p. 376; PATRONILHO, Sílvia Raquel Ferreira - *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁷⁷ PIMENTA, José da Costa - *Op. Cit.*, p. 375/376; GONÇALVES, M. Maia - *Op. Cit.*, p. 326.

¹⁷⁸ CORREIA, João Conde - *Op. Cit.*, p. 119/120.

3 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – OBSTÁCULOS OU EXIGÊNCIAS?

O presente capítulo deve ser iniciado com uma premissa básica, qual seja, não existem princípios absolutos. Todos os valores que envolvem o processo devem ser ponderados, na medida em que constatadas as colisões entre a eficiência e a segurança¹⁷⁹.

Toda prestação jurisdicional pressupõe desgastes, sejam estes públicos ou privados, ou melhor, interesses da coletividade ou mesmo individuais, muitas vezes antagônicos ou colidentes. Se por um lado é imprescindível simplificar o procedimento, otimizando, assim, a celeridade e a economia processual; por outro lado o direito de defesa não pode ser simplesmente extirpado. A participação no processo é um direito fundamental¹⁸⁰, sem sombra de dúvidas.

Aliás, o próprio processo, idealizado como instrumento, é um direito fundamental e, portanto, composto de valores que devem ser ponderados. Normas processuais descrevem concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológica e jurídicas, sendo evidente a transcendência axiológica das normas de direito processual¹⁸¹.

Por isso não pode passar ao largo do operador do direito a delimitação de poderes, faculdades e, principalmente, deveres dos sujeitos processuais, ou melhor, através de «diretivas axiológica constitucionais», deve o juiz encontrar e atingir todas as finalidades processuais¹⁸².

3.1 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Para entender, na sua amplitude e precisão, o princípio do devido processo legal se torna mister analisar sua origem e desenvolvimento, no decorrer do tempo e através das circunstâncias históricas que circundavam as sociedades que, momentaneamente, valeram-se do preceito.

¹⁷⁹ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 69.

¹⁸⁰ SCARPARO, Eduardo - *As Invalidades ...*, p. 112.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 26/27.

¹⁸² *Ibid.*, p. 29.

3.1.1 – a origem do devido processo na Inglaterra

O devido processo legal teve origem na Inglaterra, no ano de 1215, na Carta Magna do Rei João Sem Terra. Os barões ingleses exigem, então, o respeito «às leis da terra», sendo originalmente restrita ao âmbito do processo penal¹⁸³.

Neste primeiro momento histórico o pressuposto do princípio era limitar o Poder Real do monarca João I, transferindo para o Parlamento o protagonismo do poder¹⁸⁴.

Por sua vez, a expressão «*due process of the law*» foi utilizada pela primeira vez em 1354, momento em que foram confirmadas as «Leis da Terra», sobretudo na Magna Carta das Liberdades (*Statute of Westminster of the Liberties of London*), texto introduzido pelo Rei Eduardo III¹⁸⁵.

Assim, este introito histórico demonstra que, com o tempo, a autoridade legislativa passou do Monarca ao Legislativo, com o que se pode concluir que, na Inglaterra, o devido processo legal está centrado na ideia do Poder (de controle) do Parlamento em ditar leis, mesmo em face do soberano, e o dever do povo de respeitá-las, com o que posiciona e centraliza o poder do povo (aqui entendido como burguesia) através de seus eleitos comuns, com a contrapartida do dever de respeito por todos¹⁸⁶.

3.1.2 – o «due process» nos EUA

Nos Estados Unidos da América, os valores em torno do princípio sofreram alteração histórica.

¹⁸³ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 76.

¹⁸⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: SER/UFPR. ISSN 0104-3315. n.º 46 (2007), p. 103.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

Como se pode constatar no subcapítulo acima, o intento originário do princípio em terras britânicas era a substituição da força Real pela supremacia do Parlamento. Em termos claros e diretos, pretendeu-se limitar os poderes Reais, verdadeiro controle sobre o Rei.

Contudo, aportando os colonizadores ingleses na América (dissidentes protestantes da Coroa Britânica), influenciados por uma nova ideologia (Sir Edward Coke), a supremacia da *common law* passa fazer frente, também, ao Parlamento¹⁸⁷.

E o mecanismo encontrado para tanto foi outorgar às Cortes de Justiça a aplicação legal, circunstância que posicionou o Judiciário em uma situação até então não vivenciada.

O termo *due process of law* aparece primeiramente na Declaração de Direitos do Estado de Nova Iorque em 1777. Porém a primeira aparição nacional, para os Estados Unidos da América, ocorreu na Quinta Emenda à Constituição de 1791, a qual vinculava o Poder Público Federal. Posteriormente, a Décima Quarta Emenda a submeteu aos Estados Federados, sendo que, desta feita, a essência do princípio consistia na proibição ao Estado de limitar direitos individuais, exceto pelo procedimento legal¹⁸⁸.

A ideia de controle continuou viva, porém seus destinatários foram alargados, além do posicionamento do Judiciário de forma indireta, eis que agindo apenas quando provocado, ganhando destaque o processo em si como o meio/modo pelo qual os direitos poderiam ser restringidos.

Se outrora os jogadores e o jogo eram os únicos a considerar, agora as regras e o modo de se jogar ganham destaque.

Com isso, mesmo os legisladores estariam vedados de dispor, arbitrariamente, dos direitos individuais, sem razões materiais para tanto. E os juízes, sempre com espreque nos Princípios Constitucionais e de Justiça, não só poderiam, como deveriam interpretar o sentido da lei, estendendo a proteção dos direitos fundamentais, tanto em suas dimensões processuais, quanto substantivas¹⁸⁹.

¹⁸⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 81.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 83.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 494/495.

Pode-se concluir, portanto, que a experiência americana desenvolveu a independência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes¹⁹⁰.

Esta conclusão pode ser bem percebida na segunda metade do século XIX, consolidando-se na segunda década do século XX, quando a Suprema Corte americana inicia um movimento jurisprudencial marcado pela ideia de processo justo e adequado, baseado em princípios de justiça, com o que se constitui o «*substantive due process*»¹⁹¹.

A concepção de processo justo e devido abarca, assim, tanto a teoria processual (*process oriented theory*), através da qual a restrição de um direito fundamental deve ser efetivado através de um processo previamente delineado pela lei¹⁹², sem perder de vista que o «*substantive due process*» exige que a solução esteja atenta à adequada solução do caso concreto.

Atualmente, a Suprema Corte americana evoluiu na compreensão do princípio, utilizando-o, para além da manutenção do *status quo*, para resolução de questões através de uma «igualdade substancial» entre as pessoas, denominada de «*equal protection of the laws*»¹⁹³.

Seja como for, desde sua origem no direito anglo-saxão, posteriormente evoluindo através do constitucionalismo norte-americano, nos dias atuais o princípio do devido processo legal é regra positivada nas Constituições Democráticas de todo mundo, porém sua fórmula não pode ser aprisionada, sendo que a própria natureza da cláusula sugere procedimentos flexíveis¹⁹⁴.

3.1.3 – o binômio procedimento/direito material

A primeira Constituição brasileira a positivar o dispositivo, de forma expressa, foi de 1988, através do artigo 5º, inciso LIV, apesar de já subentendida de forma implícita em outras

¹⁹⁰ NICOLITT, André Luiz - *A Duração Razoável do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 10.

¹⁹¹ *Ibid.* p. 11.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Op. Cit.*, p. 494.

¹⁹³ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Op. Cit.* p. 108.

¹⁹⁴ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 128.

constituições¹⁹⁵, porém doutrina e jurisprudência, na sua maioria, trabalhavam o princípio através de uma visão meramente formalista¹⁹⁶, e ainda se insiste na interpretação apenas sob o aspecto processual¹⁹⁷, o que é um grande equívoco, visto que o princípio do devido processo jamais pode ser identificado somente sob esse aspecto¹⁹⁸.

Pode se dizer que, mais ainda após a Constituição de 1988, torna-se mister o surgimento de novas interpretações, mesmo que através de uma evolução lenta, com avanços e regressos¹⁹⁹.

No entanto, como é impossível dissociar a cláusula do devido processo legal do valor da Justiça, na medida em que deve garantir ao cidadão um processo justo, com decisão equilibrada e razoável²⁰⁰, sua utilização deve ser interpretada *cum grano salis*, a fim de que não tenha sua finalidade desvirtuada, postergando obrigações com um único propósito protelatório²⁰¹.

A história do princípio do devido processo legal tem se encarregado de não permitir que se mantenha estático, muito menos mecânico. O mote principiológico pressupõe um «processo» constante de aperfeiçoamento.

Se outrora defendeu os comuns do poder soberano do rei, passando subsequentemente a defender o povo do próprio Poder do Parlamento, atualmente seu enfoque se posiciona na passagem do individual para o social, ou seja, para o alcance do direito substantivo através de um processo justo, equilibrado e identificado como direito público²⁰².

Atualmente, o direito a um processo «equitativo» se encontra positivado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 14º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹⁹⁵ NICOLITT, André Luiz - *Op. Cit.*, p. 17.

¹⁹⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Op. Cit.*, p. 108.

¹⁹⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 182/183.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 130.

¹⁹⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Op. Cit.*, p. 102.

²⁰⁰ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 147.

²⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 507.

²⁰² PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 127.

Este «processo equitativo» pressupõe a adoção da «teoria substantiva», exigindo não apenas o direito a um processo legal, mas, e principalmente, justo e adequado, ou melhor, um devido processo materialmente influenciado por princípios de justiça - «*value-oriented theory*»²⁰³.

Fala-se em devido processo legal como processo legítimo, justo e equilibrado²⁰⁴.

Mas em que consistiriam estes predicados?

Primeiramente devem ser posicionados numa «sociedade global», com todos os avanços e mazelas da atualidade²⁰⁵, porém nunca perdendo de vista que a justiça sempre busca aquilo que é aceitável dentro de critérios morais, de equidade e razoabilidade²⁰⁶. Busca-se uma Justiça no processo, respeitando-se garantias, mas também a Justiça no caso concreto, com decisão razoável, proporcional e sem exageros²⁰⁷, enfim, direito procedimental e materialmente justo²⁰⁸.

Mais uma vez deve ser ressaltado que, longe de extirpar a formalidade processual, procedimentos são necessários, porém sempre como meios a se atingir fins.

É inegável o aumento de probabilidade de um resultado conforme os direitos fundamentais quando resguardada a formalidade do procedimento. Contudo, não se pode abrir mão da exigência, também, de uma compatibilização material destes resultados aos direitos fundamentais, reunindo, tanto aspectos processuais, quanto materiais, em um «modelo dual», porém com primazia destes²⁰⁹.

Ora, partindo da ideia de que direitos a procedimentos exigem uma proteção jurídica efetiva, cujo conteúdo de fundo será sempre a proteção dos direitos materiais, não há espaço para uma teoria que defenda a correção do resultado apenas pela observação do procedimento. Somente uma teoria que observe, também, como forma de preencher a margem deixada pela lei, os parâmetros independentes do procedimento pode ser considerada compatível com os direitos fundamentais²¹⁰.

²⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Op. Cit.*, p. 494.

²⁰⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez - *Op. Cit.*, p. 101.

²⁰⁵ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 150.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 151.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 178.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 303.

²⁰⁹ ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 489/490.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 488.

E o direito a uma tutela jurisdicional efetiva pressupõe um resultado mais próximo ao direito material caso não houvesse a necessidade de se buscar o procedimento, ou seja, cumprida de forma espontânea²¹¹.

Esse deve ser o norte do intérprete, ainda mais quando se depara com uma nulidade processual com sensível prejuízo ao trâmite processual e, portanto, ao alcance de sua meta, como a busca incessante pelo direito material, jamais a transformação de formalidades como fins a serem perseguidos em si mesmos²¹².

Não se deve perder de vista, contudo, que mesmo o direito material não deve ser perseguido às últimas consequências. É preciso levar em consideração a necessidade de obtenção de uma decisão justa, como condição de decisão conforme o direito, contudo conjugada através das regras de procedimento, sem as quais eventual decisão se aparta da legitimidade²¹³.

Se por um lado as formas não podem ser supervalorizadas, de igual modo não se admite sua degradação absoluta, nem mesmo sob o argumento da economicidade²¹⁴. É verdade que o excessivo rigor da forma traz grande descrédito, sobretudo para a Justiça brasileira, porém uma concepção completamente apartada da forma em nada resolveria o problema²¹⁵, apenas alteraria seu posicionamento.

O que se pretende, na verdade, é a libertação de «formalismos ilusórios», que não cumprem função alguma, desprezar a «técnica desprovida de sentido», nomeadamente as sem direcionamento axiológico, exigências do atual devido processo legal sob a égide dos direitos fundamentais²¹⁶.

E se é exigência, ao juiz, prestar a tutela ideal, não se pode olvidar que a prática de atos processual deve conter ética, sobretudo harmonizando objetivos estatais. Em poucas palavras, contraditório impõe, também, deveres, na medida em que o processo é instrumento

²¹¹ ALEIXO, Pedro Scherer de Mello – O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Ordem Jurídica Brasileira. A Caminho de um «Devido Processo Proporcional». In *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 420.

²¹² *Ibid.*, p. 423.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – *O Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20.

²¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 184.

²¹⁵ ALEIXO, Pedro Scherer de Mello – *Op. Cit.*, p. 429.

²¹⁶ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 180-182.

utilizado pelo Estado para cumprir finalidades públicas, não mera ferramenta deixada ao alvedrio das partes²¹⁷.

Como as anulações processuais ainda apresentam números consideráveis, muitas vezes resultado de um jogo desleal em que se busca mais o retorno às fases embrionárias, através da anulação de processos, do que uma verdadeira defesa de fundo, a doutrina nacional começa a posicionar o devido processo legal, também no processo penal, dentro de um conceito de «formalismo-valorativo»²¹⁸.

É por isso que comumente o «devido processo proporcional» é referenciado como uma «tarefa permanentemente em construção»²¹⁹, sempre na tentativa de conjugar, tanto regras processuais, como materiais, exigindo o contraditório e a ampla defesa a fim de que o interessado possa constatar que o direito (material) o tutela.

Assim, o direito ao «contraditório» deve ser entendido como «direito de influência», ou seja, tem por *ratio* permitir a «informação» da situação jurídica posta, bem como possibilidade de «reação» através das faculdades, seja de produção probatória, seja de contra-argumentação²²⁰.

Fixadas, então, as bases do devido processo legal de forma ampla, abre-se o caminho para conclusões mais avançadas, como a necessidade de se estabelecer o direito à tutela jurisdicional, através do devido processo legal, não comprometido com pressupostos desnecessários, não adequados e desproporcionais, a saber, requisitos desprovidos de um sentido conforme o direito de acesso à Justiça, ao Direito e aos Tribunais²²¹.

Disto posto, se processo é razão, procedimento com sentido finalístico, meio para se atingir fins/valores, garantia de contraditório englobado por informação/reação, conjugados/resguardados todos estes conceitos, especialmente o do contraditório, a renovação da prova nos tribunais não seria apenas permitida, mas exigida como forma de imprimir eficiência ao julgamento minimamente viciado, corrigido/renovado o vício, sempre com o propósito de fazer o processo cumprir sua função, que é servir de meio à prestação do direito (material) aos interessados e à coletividade.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 212/216.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 360/361.

²¹⁹ ALEIXO, Pedro Scherer de Mello – *Op. Cit.*, p. 434.

²²⁰ CABRAL, Antônio do Passo – *Op. Cit.*, p. 104.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Op. Cit.*, p. 498/499.

3.1.4 – os escopos processuais inerentes à garantia

Inegável a função do processo como instrumento a atingir fins. Disto não se olvida e com propriedade.

No entanto, no que consistiriam seus escopos? Quais os objetivos traçados pelo processo enquanto direito?

Revelar os «escopos do processo» consiste em identificar o «grau de utilidade» deste, ou melhor, sua «capacidade» de realizar objetivos predispostos²²², lembrando que o reconhecimento desta utilidade, perante a sociedade, é o que legitima a jurisdição²²³.

Os escopos da jurisdição podem, assim, ser definidos como técnica a serviço de certos objetivos, sejam eles políticos ou sociais²²⁴.

Por isso, para além do objetivo puramente jurídico do processo, do direito e da jurisdição, o operador do direito de vanguarda não pode descurar da tríplice interação entre o jurídico, o político e o social²²⁵.

Então, iniciando pelo «escopo jurídico», deve ser destacada a «relação dúplice» entre o «processo» e o «direito». Se por um lado o processo é regido por normas que ditam a forma/modo de concatenação pelo(a) qual a jurisdição é exercida, por outro deve ser encarado como instrumento de um comando exterior, correspondente aos bens da vida, denominado direito material/substancial²²⁶.

Sob esse aspecto, o processo e sua forma deve ser regido/interligado para a obtenção do direito material correspondente ao caso concreto.

A jurisdição, neste contexto, tem na «paz social» seu «escopo metajurídico». O operador do direito, sobretudo juiz, deve ter consciência desse encargo social²²⁷.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 177.

²²³ *Ibid.*, p. 181.

²²⁴ *Ibid.*, p. 178/179.

²²⁵ *Ibid.*, p. 182-184.

²²⁶ *Ibid.*, p. 213.

²²⁷ *Ibid.*, p. 184.

Porém, apenas a perspectiva jurídica seria insuficiente para uma definição teleológica do processo. Os estudos constitucionais têm revelado novos horizontes à ciência processual, sobretudo com implicações sociais e políticas, posicionando o processo não como instrumento meramente técnico, mas, também, ético²²⁸.

Aliás, entendido como meio à obtenção de determinados resultados, o processo se insere em um «contexto bipolar». Estando a serviço do homem, exige que este o manipule segundo normas adequadas, sem distorções, porém como técnica a serviço da eficiência do próprio instrumento, cujos objetivos estão bem definidos, enquanto todo o sistema deve estar a serviço do homem. Dito de outro modo, o direito não é só uma técnica, mas a positivação de um poder, através de normas, cujas decisões do Estado devem orientar a conduta/relações entre as pessoas em sociedade²²⁹.

Assim, o «escopo social» do processo pode ser definido através da necessidade de «pacificação com justiça». Este, enquanto dinâmica de poder, deve permitir que o Estado atinja seus objetivos, afetando a vida das pessoas e do grupo de forma positiva²³⁰.

Inegavelmente a pacificação social pressupõe oportunidade de participação processual, havendo predisposição, inclusive, à aceitação de decisões desfavoráveis, na medida em que o procedimento tenha sido observado. Mas, não só isso, é preciso a eliminação dos conflitos, também, mediante critérios que se justifiquem no caso concreto, e isto somente ocorre através da imposição do valor da Justiça²³¹.

Devem ser considerados, também, os anseios pela derradeira a solução processual. A doutrina aponta que antes mesmo, ou durante a litispendência, os litigantes sofrem das angústias da insatisfação. A solução da lide processual, mesmo de modo desfavorável, apascenta os ânimos, com o que se pode concluir que a certeza pacífica, sendo este, também, um escopo processual, qual seja, a eliminação do estado de insatisfação. A autoridade da coisa julgada, de igual modo, insere-se perante o escopo social do processo, na medida em que a estabilidade/imunização das decisões extirpa incertezas, abolindo, assim, a insatisfação potencializada no, e pelo, processo²³².

²²⁸ *Ibid.*, p. 250/251.

²²⁹ *Ibid.*, p. 265.

²³⁰ *Ibid.*, p. 188.

²³¹ *Ibid.*, p. 190/191.

²³² *Ibid.*, p. 191/197.

Nesta ordem de ideias se concentram, também, as preclusões processuais como expedientes técnico-jurídicos a serviço da celeridade processual, restringindo a duração excessiva e impondo uma ordem processual sobre o rito²³³.

Destarte, imprescindível todo empenho para ampliar o conhecimento e a possibilidade de afetação pelas partes no processo. Esta conduta favorece a busca pela verdade. Por outro lado, devem ser consideradas algumas concessões feitas pelo sistema, visando tornar o serviço jurisdicional suficiente à realidade do conflito, eliminando de forma célere e convincente o estado antissocial da insatisfação, de modo que é substituída a virtude interna por uma virtude funcional de pacificação social. Em síntese, há preferência na justa pacificação, mesmo, eventualmente, em detrimento do direito, em se apresentando extremamente colidentes²³⁴.

Por fim, mas não menos importante, devem ser posicionados os «escopos políticos» do processo, já que o próprio direito é derivado de um fim político, como instrumento estatal, utilizado pelo Estado, para a obtenção de objetivos legais implícitos²³⁵.

A própria jurisdição deve desempenhar o escopo político consistente na resolução da crise social refletida no litígio. Assim, o processo deve ser encarado/utilizado como instrumento estatal para a consecução de objetivos que antecedem/influenciam a lei²³⁶.

Por isso, o processo deve progressivamente ser encarado sob uma perspectiva instrumental-teleológica, na medida em que, como ferramenta à disposição dos agentes do Poder, para os indivíduos em sociedade, desenvolve missão importante perante esta, ainda que através de decisões técnicas, porém orientadas à justa solução²³⁷.

O juiz comprometido com o verdadeiro espírito processual deve sempre manter comprometida a postura pela busca de uma composição justa, corrente e equilibrada do litígio, não somente técnica-jurídica. Exige-se um salto de qualidade na prestação jurisdicional, não podendo juiz se limitar a dizer o direito, devendo realizar a ordem jurídica de forma equânime e convincente, sob pena de não conseguir superar o conflito, cujos pontos de tensão tendem a criar novas lides, em um verdadeiro círculo vicioso²³⁸.

²³³ *Ibid.*, p. 290.

²³⁴ *Ibid.*, p. 278/279.

²³⁵ *Ibid.*, p. 199/200.

²³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 126/127.

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 359.

²³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 117.

3.2 – O JUIZ NATURAL OU LEGAL

O princípio do juiz natural ou legal se encontra presente na Constituição da República Federativa do Brasil, através do artigo 5º, incisos XXXVII e LIII.

A doutrina mais autorizada reconhece a gênese do princípio do juiz natural como sendo a lei francesa de agosto de 1790, que tinha como propósito evitar que o soberano interferisse na organização judiciária, rememorando a experiência inglesa, desde a *Petition of Rights* de 1628; e a Norte-americana, desde as primeiras constituições em 1776.

Além disso, o princípio do juiz natural ou legal também se encontra positivado no direito internacional através artigo 10º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; no artigo 6º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; no artigo 14º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²³⁹; bem como nos artigos 7º, n.º 6, 8º, n.º 1, 23º, n.º 1, al. c e 25º, n.º 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁴⁰.

No direito estrangeiro o referido princípio fora identificado no art. 25º da Constituição italiana de 1947; no artigo 103º, n.º 1, da Constituição alemã de 1949; no artigo 32º, n.º 9; c/c 209º, n.º 4, da Constituição portuguesa de 1976, inclusive com tradição constitucional desde a Carta de 1826; no artigo 24º, n.º 2, da Constituição espanhola de 1978; no artigo 71º do *Statuto de Carlos Alberto* (Sardenha) de 1848; no artigo 83º, n.º 2, da Constituição austríaca de 1920, entre outras, sempre tendo por mote a proibição de tribunais especiais ou extraordinários²⁴¹.

Em todo caso, a ideia que sempre imperou na positivação do princípio do juiz natural foi a fixação, por lei, de critérios objetivos e gerais para a fixação da competência e nomeação dos juízes a compor os Tribunais. O que importa, de fato, não é a competência especial do Tribunal em si, mas a definição individualizada, ou criação de Tribunais específicos, *post*

²³⁹ Firmado em *New York*, em 19 de dezembro de 1966, e promulgado pelo Estado brasileiro através do Dec. 592/92.

²⁴⁰ Pacto de San José da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969, e promulgado pelo Estado brasileiro através do Dec. 678/92.

²⁴¹ SILVA, Germano Marques - *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Lisboa: Verbo, 1992, p. 50; DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 323/324; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal*. 3.ª ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010, p. 252/253.

factum, assim como os motivos que desencadearam a nomeação dos juízes de forma discricionária²⁴².

Infelizmente a imprensa brasileira tem noticiado, no início deste ano de 2016, através de delação premiada junto ao famoso caso que ficou conhecido como «Lava Jato», de uma possível nomeação junto ao STJ brasileiro, cuja finalidade seria alterar decisões contrárias a determinados investigados em instâncias inferiores. É pertinente que se registre que ainda não houve manifestação judicial definitiva a respeito, assim como a referência ao caso tem como exclusivo propósito a crítica doutrinária. Assim, caso comprovada a situação, esta se encaixaria exatamente na ideia de vulneração do princípio do juiz natural, na exata medida em que a nomeação teria, em tese, um propósito específico, portanto não isonômico, além de arbitrário de indicação de juízes para julgamentos de casos específicos/determinados²⁴³.

Aliás, importante mencionar que o princípio do juiz natural não se limita aos julgamentos da primeira instância, vale para todos os juízes/tribunais chamados a participar de determinada decisão- «princípio dos juízes legais»²⁴⁴, sejam singulares ou coletivos²⁴⁵.

Calha o exemplo para demonstrar o quão importante é o princípio em voga, tendo por objetivo evitar manipulações na administração da Justiça, sobretudo quando o sistema permite a alternância de órgãos judiciais (ou mesmo de juízes) cujo propósito possa consistir na influência do resultado do processo²⁴⁶.

A doutrina e jurisprudência italianas iniciaram por interpretar o dispositivo, muito mais do que a simples proibição de Tribunais extraordinários, mas estabelecendo seu sentido como a «determinabilidade» de um Tribunal competente, sempre para «fatos posteriores», ou seja, sem alternativas para a competência prefixada, de forma imediata e exclusiva pela «Lei»²⁴⁷.

Tais normas do direito internacional sempre referenciaram o princípio como sendo a imprescindibilidade de Tribunais independentes, imparciais, competentes e estabelecidos por

²⁴² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. 2.^a ed. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 738-740.

²⁴³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Op. Cit.*; SILVA, Germano Marques - *Op. Cit.*, p. 50.

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.^a ed. V - I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 525.

²⁴⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Op. Cit.*, p. 254.

²⁴⁶ ARMENTA DEU, Teresa - *Op. Cit.*, p. 59.

²⁴⁷ SILVA, Germano Marques - *Op. Cit.*, p. 52.

ato normativo próprio (lei formal), não se apartando da *ratio* do princípio, qual seja, garantir a imparcialidade do julgador²⁴⁸.

Podemos, então, identificar, sem sombra de dúvidas, dois requisitos do princípio, que são a «predisposição» exclusiva por «Lei».

Por «predisposição» deve ser entendido o «princípio da anterioridade», devendo a regra de competência servir para fatos posteriores, jamais para os anteriores cujo ato regulamentar tenha sido editado posteriormente. Sobre a questão reza a máxima *tempus criminis regit iudicem*.

Tão importante quanto estes dois requisitos supracitados, o que o princípio veda é a «afetação» de competência «arbitrária» e «discricionária» para um caso específico. Em outras palavras, o juiz «*ad hoc*», «escolhido a dedo». O princípio não impede a alteração das regras de competência, o que se obsta é a criação de Tribunais de exceção, ou mesmo delimitações de competências individuais/personalizadas, com a escolha de órgãos/pessoas predispostas a decisões favoráveis²⁴⁹.

Analisado sobre outro prisma, se o princípio do juiz natural pressupõe predeterminação legal, evitando, com isso, discriminações, não se pode chegar a outra conclusão senão a que identifica seu fundamento jurídico como sendo o «princípio da igualdade» de todos perante a lei. Justamente por isso qualquer condição ou circunstância pessoal/social não pode ser considerada em qualquer julgamento, inclusive na determinação da competência²⁵⁰.

O princípio tem, também, por base a ideia de «independência» de juízes/Tribunais, cuja responsabilidade e submissão se circunscrevem, exclusivamente, ao Império da Lei²⁵¹.

Em síntese, o princípio do juiz natural ou legal apresenta «três planos» bem delineados. O primeiro deles é o «plano da fonte», ou seja, a regra de competência só pode ser determinada pela «Lei»; o segundo plano é o «temporal», identificado no princípio da «irretroatividade», devendo o órgão competente estar fixado pela lei já «vigente no tempo»

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 51/52.

²⁴⁹ SANTOS, Manuel Simas *et alli* - *Noções ...*, p. 31-33; DIAS, Jorge de Figueiredo - *Op. Cit.*, p. 326/329; CARVALHO, Paula Marques - *Op. Cit.*, p. 20.

²⁵⁰ GIMENO SENDRA, Vicente - *Constitucion y Proceso*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, p. 59; *Idem* - *Derecho Procesal Penal*, p. 68.

²⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente - *Op. Cit.*, p. 69.

da prática delituosa; enquanto que o terceiro plano é o da «ordem taxativa de competência», excluindo qualquer hipótese de «alternativa/discrecionalidade», consequentemente, «arbitrariedades»²⁵².

Entendido, então, o conceito, requisitos, dimensão e finalidade do princípio do juiz natural, difícil se faz compreender no que a renovação da prova poderia vulnerá-lo.

Primeiramente porque a possibilidade de renovação da prova, diretamente nos Tribunais de 2ª instância, além de estar previamente disposta em lei, tal circunstância é pretérita as provas que se pretende renovar, bem como aos crimes praticados e a julgar.

Também não está em causa qualquer discrecionalidade ou alternativa para escolha do órgão/juiz competente. Aliás, mesmo se a renovação da prova não for procedida diretamente na 2ª instância, limitando-se o Tribunal do recurso a proceder à anulação do feito para novo julgamento em 1ª instância, com o retorno do processo, após a retificação da prova e do julgamento na instância de piso, receberia o Tribunal da 2ª instância novamente o processo e, neste caso, de uma forma ou de outra, acabaria por julgá-lo. Impensável, portanto, qualquer questionamento acerca da falta de impessoalidade ou arbitrariedade para a hipótese.

Por outro lado, ao se analisar a questão sob o aspecto da autonomia/independência judicial, mais do que resguardada, a renovação da prova diretamente nos Tribunais recursais teria o condão de potencializá-la, injetando considerável grau eficiência ao sistema, mesmo quando confrontadas pessoas mais influentes na sociedade, e isso sem qualquer perda de segurança.

Considerando também que apenas as pessoas economicamente mais abastadas têm melhores condições de ascender aos Tribunais através do recurso, justamente pela capacidade na contratação de melhores procuradores, a renovação da prova direta, retificando nulidades e, com isso, garantindo a legitimidade pelo procedimento, impediria de uma só vez o sucesso de defesas meramente técnicas, sem conteúdo de fundo, com o que também seria atendido o requisito da igualdade de todos perante a lei. E aqui não se trata apenas de igualdade jurídica, mas também social.

Enfim, por mais que se faça esforço, entendidos os variados aspectos do princípio do juiz natural, não é possível sustentar, ao menos não com argumentos técnicos válidos, que a

²⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo - *Op. Cit.*, p. 322/323.

renovação da prova direta tenha o condão de o vulnerar, uma vez que, analisado a fundo, o princípio se encontra muito mais protegido/otimizado com a renovação direta, do que sem ela.

3.3 – O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Durante muitos anos o tema do direito aos recursos não interessou, com propriedade, ao estudo dos processualistas, assim como a doutrina de Direito Constitucional pouco se interessou pela questão.

Pode se dizer que apenas recentemente o interesse tenha se voltado para o Direito Constitucional, enquanto que no final do século XIX e início do século XX, aqueles que não excluía a relevância Constitucional do direito aos recursos, apenas o posicionavam sob o aspecto da legislação ordinária²⁵³.

O direito aos recursos se funda na visão, genérica, de que todo processo reexaminado é melhor decidido, assim como mais completa é a decisão colegiada, proferida por juízes mais experimentados, em detrimento da singular, prolatada por magistrados mais modernos, tudo em prol da redução do inconformismo que, ordinariamente, impera sobre o vencido²⁵⁴, apesar da possibilidade de interposição de recurso, em todos os casos e como regra, não ser pressuposto exclusivo de justo processo, sendo que na doutrina majoritária, dos sistemas jurídicos modernos, o duplo grau de jurisdição é considerado apenas como uma eventualidade, não a regra²⁵⁵.

Obviamente a correção das imperfeições é algo inerente à atividade humana, sendo necessária a instituição de mecanismos de correção, no caso os recursos, ainda mais quando constatada a imperfeição dos atos de exercício do poder, soberano, de aplicar o direito.²⁵⁶

²⁵³ MATTA, Paulo Jorge Saragoça da - O Direito ao Recurso ou o Duplo Grau de Jurisdição com Imposição Constitucional e as Garantias de Defesa dos Arguidos no Processo Penal Português. *Revista Jurídica*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. ISSN 0870-8126. n.º 22 (março 1998), p. 347.

²⁵⁴ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 245.

²⁵⁵ DUARTE, Ronnie Preuss - *Garantia de Acesso à Justiça. Os Direitos Processuais Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 212. Em sentido contrário, entendendo que o processo, com todas as suas garantias, não pode ser concebido sem o direito aos recursos: SUAN MOREY, Jaime - *Op. Cit.*, p. 31.

²⁵⁶ MATTA, Paulo Jorge Saragoça da - *Op. Cit.*, p. 357.

Ademais, quando se pensa em duplo grau de jurisdição, mais do que a mera correção do ato, em tese, incorreto, vislumbra-se a possibilidade de «controle» dos atos processuais praticados²⁵⁷. Exatamente por isso é que duplo grau de jurisdição, ou de «juízo», não quer dizer outra coisa senão que a decisão prolatada originalmente possa ser reavaliada por outro julgador, cuja decisão prevalece e substitui a primeira²⁵⁸.

O que deve ser entendido é que o «recurso», definido pela possibilidade de rediscussão da matéria questionada, é o «modo» da impugnação da matéria irredutível, sendo que o juízo de rediscussão não será, necessariamente, outro; enquanto que «duplo grau» de jurisdição, na acepção da palavra, pressupõe a «elevação» da questão debatida a juízo de «grau superior» ao do impugnado.

Mesmo a considerar a exigência maior do devido processo, inclusive com a possibilidade de controle das decisões judiciais, não se insere nesse contexto a imprescindibilidade da dupla instância²⁵⁹, mesmo porque há no ordenamento jurídico nacional previsão de recurso para o mesmo grau de jurisdição²⁶⁰, bem como duplo grau sem recurso²⁶¹ (voluntário).

Contudo, esclareça-se que tais exemplos constituem exceções ao sistema de recurso por grau superior, elencados somente com o propósito de demonstrar a inexata correspondência entre o recurso em si e o grau a ser julgado, mesmo porque apenas se ouviu falar do direito turco com previsão de grau único de jurisdição²⁶².

Portanto, duplo grau de jurisdição e recursos são conceitos que se completam, apesar de não se identificarem por inteiro.

Seja como for, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não contém, de forma expressa, a garantia do duplo grau de jurisdição, conceituada na possibilidade de, em qualquer caso, ser a irredutível elevada a um grau superior, podendo ser considerada,

²⁵⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 246/247.

²⁵⁸ MATTA, Paulo Jorge Saragoça da - *Op. Cit.*, p. 349.

²⁵⁹ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 248.

²⁶⁰ Art. 34, da lei 6.830/80 - «Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração».

²⁶¹ reexame necessário no processo civil (art. 496, do NCPC/2015); e sentença concessiva de *habeas corpus* no processo penal (art. 574, inc. I, do CPP)

²⁶² PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 254.

no máximo, implicitamente inserida²⁶³, apesar de garantir o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes ao sistema, ou seja, recursos positivados no ordenamento infraconstitucional²⁶⁴.

Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), através do artigo 8º, n.º 2, al. h, ao menos em matéria penal, prevê o duplo grau de jurisdição, aos acusados em geral, como sendo o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal «superior»²⁶⁵, lembrando que este fora incorporado ao ordenamento constitucional brasileiro através do Dec. 678/92, na forma do art. 5º, § 2º, da CF/88.

O artigo 14º, n. 5º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de *New York*, inserido no ordenamento nacional através do Decreto 592/92, também concebe o direito ao recurso da sentença condenatória (e da pena) à «instância superior», em conformidade com a lei.

Calha, aqui, dois *obiter dicta*. O primeiro consiste em reconhecer apenas às sentenças condenatórias a garantia, constitucional, do duplo grau com a necessidade de elevação à instância superior, não havendo óbice em se restringir, parcialmente, tal ascensão, em determinados casos (crimes de menor potencial ofensivo, por exemplo), aos recursos provenientes de sentenças absolutórias.

Além disso, o duplo grau para as sentenças condenatórias, como direito fundamental, não reclama imprescindibilidade de ascensão de recursos à terceira instância quando a condenação somente ocorreu em segunda, através de apelação da sentença absolutória da primeira²⁶⁶.

Também a título de ilustração, antes da Revisão de 1997, quando acrescida ao texto constitucional a expressão «incluindo os recursos», discutia-se em Portugal se este, nomeadamente em matéria de fato, receberia ou não assento na Constituição. Contudo, após acrescida a expressamente ao n. 1º do artigo 32º da CRP, pacificou-se a doutrina no sentido

²⁶³ *Ibid.*, p. 248/249.

²⁶⁴ Art. 5º, inc. LV, da CF/88 - «aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes».

²⁶⁵ SÁ, Djanira Maria Radamés de - *A Atividade Recursal Civil na Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Pillares, 2006, p. 22/23; PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 250/251.

²⁶⁶ GIMENO SENDRA, Vicente - *Op. Cit.*, p. 705.

de que ao menos um grau recursal²⁶⁷ (subentendido aqui o recurso para grau superior) deve ser constitucionalmente resguardado²⁶⁸.

Na Espanha, também, é assente o entendimento de que o direito aos recursos em matéria criminal, bem como princípio do duplo grau de jurisdição, cuja necessária revisão deve se dar por Tribunal de grau superior, encontra-se constitucionalmente internalizado através do artigo 10º, n.º 2, da CE; c/c art. 2º. n.º 1, do Protocolo Adicional n.º 7 do CEDH; e art. 14º, n.º 5, do PIDCP²⁶⁹.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, apesar de reconhecer o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, foi internalizado no direito doméstico brasileiro, possui posicionamento de que tal constatação não significa dotá-lo de natureza absoluta²⁷⁰.

Aliás, nenhum direito, por mais fundamental que seja, possui esse predicado, de modo que, também, os recursos têm seu limite balizado pelo ao exercício dos demais direitos fundamentais, sobretudo o direito a um processo sem dilações indevidas. É importante ressaltar que um sistema com todas as suas garantias não deve ser incompatível com a celeridade/eficiência da Justiça, valores contemporâneos da sociedade²⁷¹.

Disto posto, a questão que se insere a respeito do duplo grau de jurisdição, com pertinência para o estudo em voga, é saber se este traz algum reflexo na renovação de provas diretamente nos Tribunais de recurso.

Para tanto, faz-se necessário entender, além do alcance do princípio do duplo grau, como sobredito, o objeto recursal.

Apesar de parte da doutrina entender que este seria a própria questão sobre a qual recaiu a decisão recorrida, parte majoritária desta, precipuamente em Portugal, reconhece o «objeto do recurso» como sendo «a própria decisão recorrida»²⁷², lembrando que a obtenção

²⁶⁷ Não se deve confundir duplo grau de «jurisdição» com duplo grau de «recurso», c.f. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. 2.ª ed. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0, p. 714.

²⁶⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Op. Cit.*, p. 713; MAGALHÃES, António Malheiro de - *Op. Cit.*, p. 558.

²⁶⁹ GIMENO SENDRA, Vicente - *Op. Cit.*, p. 703.

²⁷⁰ STF - Segunda Turma. AI n.º 601832 AgR/SP. Relator Min. Joaquim Barbosa, J. 17/03/2009, DJe-064, Public. 03.04.2009.

²⁷¹ GIMENO SENDRA, Vicente - *Op. Cit.*, p. 103.

²⁷² SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Recursos ...*, p. 82.

de uma decisão justa, razão da jurisdição e, portanto, aspiração do Estado, não relaciona apenas interesses privados, tendo por objetivo a conservação e o progresso da comunidade e do ordenamento jurídico²⁷³.

Tal circunstância não pode passar despercebida ou como mero detalhe, exatamente porque através dela se pode concluir que o recurso é, na verdade, um «remédio à decisão recorrida» e, como tal, deve ser ministrado em doses específicas e pontuais, jamais pode ser concebido como um direito a novo/duplicado julgamento²⁷⁴.

Os recursos, como todo método de impugnação, criados pelo bom-senso e razão humana, não tem por finalidade o conhecimento de toda e qualquer questão anteriormente analisada, mas analisar a(s) impugnação(ões) suscitada(s) à apuração da Justiça da decisão hostilizada, mesmo porque, independentemente das discussões travadas sob a égide do *error in procedendo* ou do *error in judicando*, o que se busca (ou dever-se-ia buscar), no fundo, é sempre a justeza das decisões²⁷⁵.

A jurisprudência Constitucional italiana, laborando em síntese doutrinária, assevera que o duplo grau não pode ser entendido de modo que todas as questões sejam decididas por um grau dúplice de jurisdição, mas na dimensão de apenas gerar a possibilidade de submissão de questões pontuais a juízes de instâncias diversas, ainda que o primeiro não tenha esgotado a causa, ou de tudo tomado conhecimento. Conclui-se que a exigência de fundo não é a de obter dois juízos diversos exaurientes de cognição de todas as questões submetidas a juízo, mas, antes disso e de modo mais modesto, conceder a possibilidade de as partes submeterem, total ou parcialmente, a causa a dois juízes de graus diversos²⁷⁶.

Esta conclusão não é só jurídica e social, mas, também, histórica. A grave crise que assola o Judiciário, correlacionada à excessiva quantidade de processos/recursos, fomenta a discussão a respeito da dimensão do duplo grau, tendenciando a restrição da admissibilidade dos recursos. Autores consagrados como Calmon de Passos e Marinoni defendem a menor dimensão do duplo grau, a fim de que a certeza jurídica e a efetividade do processo não sejam desprezadas, sendo que a generalização do duplo grau constitui óbice ao próprio devido

²⁷³ MATTA, Paulo Jorge Saragoça da - *Op. Cit.*, p. 359.

²⁷⁴ SILVA, Germano Marques - Sobre Recursos ..., p. 57; MANZINI; GIOVANNI LEONE; DANACCI; e CUNHA RODRIGUES *apud* MATTA, Paulo Jorge Saragoça da - *Op. Cit.*, p. 363; CABRAL, António Henriques Santos - *Op. Cit.*, p. 21.

²⁷⁵ MATTA, Paulo Jorge Saragoça da - *Op. Cit.*, p. 361.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 350/351.

processo legal, na medida em que a maior duração despropositada do processo apenas se presta a prejudicar o autor que tenha razão em detrimento do réu que não a possua²⁷⁷.

De todo modo, longe de pretender ingressar nesta polêmica seara, fato é que, entendidos os recursos como formas de impugnação às decisões não satisfatórias, bem como o duplo grau de jurisdição como método de otimização das decisões judiciais, através da reanálise por juízo superior e, ordinariamente, composto por juízes mais experientes, não se pode olvidar que a renovação da prova diretamente nos Tribunais se inserem perfeitamente neste contexto, sem, contudo, expurgar qualquer direito fundamental ao contraditório, a ampla defesa e ao próprio recurso/duplo grau de jurisdição.

Ora, se a decisão poderá ser reanalisada em grau superior, sobretudo através do seu aspecto axiológico; se a prova omitida (ou mesmo mal produzida) poderá ser produzida (ou retificada/reproduzida), não restando nenhuma matéria sem apreciação; se a renovação da prova direta, resguardado o contraditório e ampla defesa, otimiza a celeridade/eficiência processual ou, mais do que isso, sua não utilização desemboca em verdadeira dilação indevida, a considerar a existência de ferramenta proporcional à sua corrigenda, não se sustentam argumentos superficiais no sentido de que a prática da renovação da prova diretamente nos Tribunais de apelação vulneraria, pura e simplesmente, o princípio do duplo grau de jurisdição.

Pelo contrário, ao se compreender, na sua inteireza, a dimensão do princípio em voga, torna-se insustentável pretender obstar a renovação da prova direta em privilégio a mera anulação, com o retorno dos atos processuais às fases/instâncias embrionárias, exatamente porque o princípio do duplo grau de jurisdição é, também, corolário do devido processo legal e, desta forma, compreendido pelo seu aspecto formal, material, teleológico e axiológico.

Talvez não percebam os defensores da forma de que, a defesa superficial, mais do que suprimir instância, suprime a própria jurisdição dada sua inutilidade pelo decurso excessivo do tempo, ou, quando a concede, reduz sua eficácia drasticamente.

Ainda que fosse o caso de se analisar a questão através da colisão de direitos fundamentais, objeto de capítulo próprio (3.5), *ad argumentandum tantum*, ainda sim seria o caso de ponderar as circunstâncias do caso concreto, tudo na tentativa de otimizar, ao seu

²⁷⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 254/255.

grau máximo, os princípios correlacionados, o que, de igual modo, afasta qualquer conclusão simplista e de obstáculo absoluto ao instrumento.

Portanto, longe de manietar qualquer direito fundamental, a renovação direta da prova nos Tribunais recursais apenas fomenta e agrega ao princípio maior do devido processo, considerando valores outros que a mera visão limitada do duplo grau, como direito absoluto, simplesmente desconhece ou despreza.

3.4 – A DURAÇÃO DO PROCESSO

Se até então os princípios constitucionais supracitados eram vistos como justificativas para a não implementação da renovação da prova nos Tribunais recursais, apesar de, um a um, desmistificados, os que se seguem são justificativas explícitas à maior utilização da renovação da prova direta.

E a primeira digna de nota é o fator tempo, que também afeta todos os processos que desembocam no Poder Judiciário.

E este fator pode ser analisado sob o aspecto da celeridade, da efetividade, das dilações indevidas e do próprio acesso ao Judiciário, tratando os subcapítulos abaixo de concatená-los.

3.4.1 – celeridade

A excessiva demora na solução dos processos não é fenômeno exclusivamente atual, afetando, tanto os sistemas jurídicos da *Civil Law*, quanto da *Common Law*²⁷⁸.

Há inúmeros motivos que vêm de encontro ao primado da celeridade processual, dentre os quais se apontam a desproporção entre o número de processos e a quantidade de juízes²⁷⁹, ou seja, desproporção entre a demanda de tutela e a oferta jurisdicional; a

²⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 505.

²⁷⁹ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 266.

complexidade processual, tanto acerca da matéria fática, quanto das questões de direito; a excessiva burocratização das atividades judiciárias; e a utilização de expedientes meramente dilatórios²⁸⁰ (isso para não dizer protelatórios), sem sombra de dúvidas.

Ressalte-se, ainda, que se de um lado a prática de atos processuais demanda, necessariamente, o tempo útil, subentendido como o tempo necessário à sua prática, há, sem sombra de dúvidas, «tempos inúteis», que nada acrescentam ao processo, apenas retardando a justa e definitiva solução do problema²⁸¹.

Não se pode olvidar, contudo, que uma resposta judiciária prolatada em tempo excessivo já é, por si só, deficiente e insatisfatória, eis que causa considerável prejuízo à parte que tinha razão, em detrimento da que não tinha²⁸².

Por esta razão juízes, bem como os operadores do direito de forma geral, não podem desconsiderar o fator tempo no julgamento das causas, sendo hoje insustentável a superada visão que se contentava com a eficácia formal dos julgamentos, desprezando, por completo, os excessos temporais²⁸³.

Além do mais, o direito ao processo em prazo razoável se correlaciona ao próprio devido processo legal²⁸⁴, até porque não há como ser o processo justo e equitativo se prolatado a destempo.

O direito ao processo em prazo razoável foi inserido no texto constitucional, expressamente, apenas no ano de 2004, através da EC n.º 45, que, por sua vez, deu a redação atual ao inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. Antes disso, já se entendia pela sua vigência, mesmo porque previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 9º e 14º, § 3º, n.º 3), vigente no ordenamento nacional desde 1992²⁸⁵.

Cláusula da mesma envergadura foi, também, identificado na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 7º, n.º 5), na Convenção Europeia de Direitos do Homem

²⁸⁰ FONSECA, Isabel Celeste M. - O Direito a um Processo à Prova do Tempo: um Apelo a Kairos - *In Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. V. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 206/207.

²⁸¹ DUARTE, Ronnie Preuss - *Op. Cit.*, p. 210.

²⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 509.

²⁸³ MATOS, José Igreja - *Op. Cit.*, p. 171.

²⁸⁴ NICOLITT, André Luiz - *A Duração Razoável do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. ISBN 85-7387-888-6, p. 08.

²⁸⁵ NICOLITT, André Luiz - *Op. Cit.*, p. 18.

de 1953 (art. 6º, n.º 1), na Carta Africana de Direitos Humanos de 1981 (art. 7º, al. d), na Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 20º, n.º 4), na Constituição Espanhola de 1978 (art. 24º, n.º 2), dentre outras.²⁸⁶

Não se nega, portanto, que há um instante propício para o desenvolvimento de todos os atos processuais, para alguns orientado por *Kairos*, momento oportuno para realização, com sucesso, mesmo no processo penal, para a realização de qualquer tarefa²⁸⁷. Melhor dizendo, «Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo propósito debaixo do céu» (Eclesiastes. 3:1).

Deve ser reconhecido que a *temperantia* (sabedoria do tempo) e a *justitia* (sabedoria do direito) se entrelaçam, não podendo esta subsistir sem aquela²⁸⁸.

Mesmo no processo penal, embora se reconheça que a celeridade tenha grande dimensão à tutela do acusado, evidente que a morosidade processual também constitui um mal para o próprio ofendido, assim como para a sociedade ansiosa pela paz social, assentada na certeza de que criminosos serão condenados e inocentes absolvidos²⁸⁹, enfim, que haverá solução justa e eficiente para a questão levada a juízo.

Na verdade, a celeridade no processo penal fomenta três circunstâncias que não podem passar despercebidas, quais sejam: a) evita desnecessário sofrimento do acusado processado, notadamente porque a incerteza ou ameaça de pena condiciona a vida pessoal, profissional e até mesmo o exercício da liberdade; b) impede que o ofendido retorne à sua paz, retomando a confiança na sociedade; e, finalmente, c) tranquiliza a sociedade, extirpando a ideia de impunidade e o descrédito na Justiça²⁹⁰.

Também deve ser destacado que uma das maiores causas de condenação, dos Estados Europeus, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, se dá em face do descumprimento do princípio da duração razoável do processo, motivo que vem animando as alterações dos Códigos de Processo²⁹¹. Conclui-se, portanto, que processo célere deve apresentar, no seu

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 11-15.

²⁸⁷ FONSECA, Isabel Celeste M. - *Op. Cit.*, p. 203.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 208.

²⁸⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Op. Cit.*, p. 726.

²⁹⁰ SANTOS, Manuel Simas *et alli* - *Noções ...*, p. 48/49; *c.f.* AGUILAR, Francisco - *Op. Cit.*, p. 308.

²⁹¹ DUARTE, Ronnie Preuss - *Op. Cit.*, p. 208; *c.f.* ANDRADE, José Carlos Vieira de - Algumas Reflexões sobre os Direitos Fundamentais, Três Décadas Depois. In *Anuário Português de Direito Constitucional*. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 123/124.

âmbito normativo, o «princípio da aceleração do processo»²⁹², também através da oralidade, da imediação e da concentração de atos, sempre compatibilizando-os com as garantias de defesa dos acusados em geral, exatamente o propósito que impera quando se propõe a renovação da prova diretamente nos Tribunais recursais.

Nesta exata medida não se pode perder de vista que a «celeridade processual» é, também, além de um direito fundamental, uma «meta» a ser perseguida, justamente porque sua não concretização irradia efeitos negativos às partes e à própria coletividade. A concretização da Justiça, inserida no contexto de uma decisão materialmente justa, reclama, também, solução dentro de um prazo adequado, estabelecendo-se uma relação de meio e fim para que os escopos do processo sejam atingidos, de forma eficiente, com o menor dispêndio de tempo/recursos²⁹³.

Portanto, há necessidade, imediata, de uma correta compreensão, atualizada e contextualizada, do problema da duração excessiva dos processos, não podendo a tutela jurisdicional ser compreendida através da mera perspectiva formal e limitada, de resposta jurídica a qualquer tempo, mas, para além disso, adotando-se uma perspectiva ampliativa e substancial de processo como instrumento ao direito, a jurisdição deve ser apta a proferir julgamentos jurídicos, porém justos, idôneos, econômicos, tempestivos e com considerável previsibilidade²⁹⁴. Essa deve ser, de fato, a lógica do sistema.

Consciente da condição de agentes políticos, magistrados devem perceber, de uma vez por todas, que o esforço deve ser concentrado para melhorar a qualidade de vida da comunidade, através da justa composição dos conflitos, com baixo custo e, também, em tempo razoável, não sendo mais aceitável antigas posturas de isenção e distanciamento, apartada da realidade atual de uma sociedade de massa, pluralista e inserida em conflitos de toda espécie, terreno fértil para o crescimento da violência. Neste contexto é exigida a intervenção do Judiciário, de quem se espera postura coerente e suficiente para minorar as injustiças sociais, ou melhor, postura funcional pró-ativa, justificando os poderes recebidos pela função e nos processos em que atuam²⁹⁵.

²⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Op. Cit.*, p. 519.

²⁹³ DUARTE, Ronnie Preuss - *Op. Cit.*, p. 209.

²⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 505/506.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 127/128.

O que deve ser perseguido, portanto, é o «processo ideal», qual seja, econômico, célere e justo, destacando-se, além da celeridade, as outras vertentes da economia processual, consistentes na economia de custo, economia de atos e eficiência da administração da Justiça²⁹⁶, no que já se adentra no próximo subcapítulo do estudo.

3.4.2 – efetividade

Intimamente ligado com a ideia de celeridade, a efetividade apresenta maior amplitude e, talvez, complemente o conceito de celeridade processual.

Por processo efetivo deve ser entendida a capacidade de exaurir objetivos eleitos, os quais, eles próprios, legitimam o processo em um contexto jurídico, social e político, cujos escopos já foram estudados outrora (capítulo 3.1.4). Dito de forma mais sintética, efetividade pressupõe a operacionalidade do sistema²⁹⁷.

Sob esse aspecto, a sociedade não clama apenas por respostas, exigindo, na verdade, respostas de qualidade, ou seja, além de respostas meramente jurídicas, respostas justas, tempestivas, econômicas, razoavelmente previsíveis e que atinjam/concedam o direito material litigado²⁹⁸. Menos que isso seria apenas uma resposta inábil e despicienda no atual contexto social.

Outro vetor que acresce ao movimento de racionalização dos meios é a publicização do processo. Como todo bem ou direito público, o processo necessita de gestão. E, para isso, de magistrados ativos e dotados de poderes suficientes a desenvolver, a contento, os direitos no processo. Se evidenciada, portanto, a necessidade de racionalizar os institutos processuais, nomeadamente quanto as nulidades processuais²⁹⁹, por que não dizer o mesmo em relação à renovação das provas diretamente nos Tribunais recursais?

No mínimo o que se deve ter em mente é uma visão instrumentalista da função jurisdicional, devendo o processo ou o sistema processual ser compreendido como um todo, com fases que se concatenam a um desiderato que é a justa com solução do conflito. A

²⁹⁶ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 266/267.

²⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 315/352.

²⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 122.

²⁹⁹ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 346.

contrario sensu, o processo não pode se tornar um sistema de obstáculos ou dificuldades ao direito material postulado, sendo esta uma permanente preocupação, sobretudo dos processualistas contemporâneos³⁰⁰.

De fato, senão for para garantir/resguardar o direito material, não há nenhuma utilidade no processo.

Dessa correlação se extrai o «novo paradigma» Judiciário, como sendo a «eficiência» do sistema em sua aptidão de tutelar direitos, sendo esta a condição ou pressuposto básico para o exercício da força pública³⁰¹.

Aliás, a jurisprudência dos Tribunais Internacionais, sobretudo na Europa onde a questão se encontra mais desenvolvida, é pacífica no sentido de que os Tribunais nacionais estão a serviço da aplicação efetiva dos direitos³⁰², não havendo outra razão para sua instituição.

Logo, se esta é a razão do processo, da jurisdição, dos Tribunais e, por conseguinte, dos juízes, impossível o desenvolvimento, por estes, de atos processuais sem ter por norte a eficiência dos mesmos. Do contrário, além de meros desenvolvedores de atos contraproducentes, não se legitimariam, lembrando, sobretudo nos dias atuais, que «(...) também a justiça é avaliada em termos de custo-benefício»³⁰³.

3.4.3 – processo sem dilações indevidas

Estudados os conceitos da celeridade e eficiência, é necessário agora avançarmos para conceitos outros, qual seja, o de processo sem dilações indevidas.

Ora, todos os atos processuais demandam tempo à sua elaboração. Seria pretensão excessiva acreditar que os atos processuais seriam produzidos imediatamente.

³⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 300.

³⁰¹ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *O Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Português. Os Fundamentos Dogmáticos do Novo Paradigma Judiciário*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004. Tomo III. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Doutor em Direito [Ciências Jurídicas], p. 918.

³⁰² MARTINS, Ana Maria Guerra - *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004, p.453.

³⁰³ SILVA, Germano Marques - *Op. Cit.*, p. 57.

Contudo, o que se analisa sob esse novo conceito é se a dilação foi, ou não, «indevida».

Como vários países vêm sofrendo de lentidão processual alarmante, tal cenário colaborou para a instituição e o desenvolvimento da ideia de um direito a processo sem dilações indevidas³⁰⁴.

A Constituição espanhola de 1978, através do artigo 24º, n. 2º, elenca, de forma expressa, o direito a um «processo público sem dilações indevidas», apesar de subentendida implicitamente através da expressão «prazo razoável» contida, tanto no artigo 6º, n. 1º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1953, quanto no artigo 8º, n. 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Por outro lado, quanto a sua legitimidade, reza a doutrina mais autorizada que o direito um procedimento sem dilações indevidas assiste a todos os que participem do processo, ativa ou passivamente, ou seja, ao órgão acusador, ao acusado, bem como ao responsável civil³⁰⁵

Ao Ministério Público, portanto, é inegável a aplicação do princípio, ainda que como substituto processual³⁰⁶, sobretudo porque representa a sociedade, diretamente, e, indiretamente, a própria vítima.

Classifica-se, portanto, como direito subjetivo, público e constitucional, de caráter autônomo, que assiste a todos os sujeitos que tenham figurado como parte no processo. E como direito subjetivo é exigido em face do Estado, especificamente perante os Tribunais, que têm a obrigação de satisfazer, em prazo razoável, as pretensões jurídicas postas em juízo³⁰⁷.

Contudo, para entender o conceito de processo sem dilações indevidas, não é suficiente a ideia simplista de «justiça acelerada»³⁰⁸. Mais do que isso, devem ser entendidos os aspectos essenciais sobre os quais se analisa se uma dilação é, ou não, indevida.

Três critérios básicos são analisados pela doutrina como definidores de dilações indevidas.

³⁰⁴ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 260.

³⁰⁵ GIMENO SENDRA, Vicente - *Op. Cit.*, p. 105.

³⁰⁶ NICOLITT, André Luiz - *Op. Cit.*, p. 61/62.

³⁰⁷ GIMENO SENDRA, Vicente - *Constitucion y Proceso*, p. 137.

³⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 499.

Destacam-se a) «complexidade do litígio», b) o «comportamento dos litigantes» e c) a «conduta das autoridades judiciais», como critérios de aferição do tempo ordinário de duração de um processo³⁰⁹.

Perante o conceito de complexidade processual, são analisadas, tanto questões fáticas, quanto questões jurídicas, que tornem o processo diferenciado se comparado com os ordinários.

Na verdade, além da complexidade fática e jurídica, a doutrina elenca, também, a complexidade instrumental³¹⁰, consistente nos diversos incidentes/recursos manejados, ainda que de forma coerente e necessária, mas que, inegavelmente, constituem um complicador, tornando o processo mais demorado.

O comportamento dos litigantes, de igual modo, é um fator a se considerar quando da análise de uma indevida dilação, suscitada pelo interessado. Aqui vale, também, a máxima *venire contra factum proprium*, de modo que o levantamento de questões de somenos importância, bem como a suscitação de incidentes despiciendo são elementos suficientes para demonstrar os reais motivos pelos quais os prazos processuais foram dilatados, portanto, justificadamente por parte do Estado.

Outro fator de demonstração de uma dilação como indevida, ou não, como sobredito, é a conduta das autoridades. Contudo, é bom que se diga, não apenas a conduta das autoridades judiciárias é analisada neste espaço, mesmo porque ações ou omissões de entidades outras, provenientes do Poder Executivo ou mesmo do Legislativo, podem gerar, ainda que indiretamente, uma dilação indevida e, portanto, fundamentar situação de incumprimento, no plano internacional, da obrigação de julgamento em prazo razoável³¹¹.

Apenas para citar um exemplo, no Brasil, sobretudo nas comarcas interioranas mais distantes das capitais, existe um problema constante na transferência entre réus presos para participar das audiências de instrução, quando não custodiados no mesmo local em que se processa o feito, situação que gera, constantemente, atrasos nos atos processuais, mas não só no andamento do feito, também no tempo de prisão provisória que, em alguns casos, dado o evidenciado constrangimento ilegal, acaba sendo motivo de soltura.

³⁰⁹ RIFÁ SOLER, José Maria; VALLS GOMBAU, José Francisco - *Op. Cit.*, p. 41; GIMENO SENDRA, Vicente - *Derecho Procesal Penal*, p. 106/107; *Idem* - *Constitucion y Proceso*, p. 144-146.

³¹⁰ NICOLITT, André Luiz - *Op. Cit.*, p. 78.

³¹¹ FONSECA, Isabel Celeste M. - *Op. Cit.*, p. 219/220.

Nestas hipóteses, a responsabilidade pelo traslado é da SESP (Secretaria de Estado de Segurança Pública), órgão vinculado ao Poder Executivo Estadual.

Normalmente os atrasos imputados ao Estado se classificam em dilações organizativas, consistentes em fatores estruturais, sobrecarga de trabalho, entre outros; e dilações funcionais, estas sim ligadas diretamente à atuação processual de juízes/Tribunais.

Além disso, as dilações funcionais não decorrem apenas de paralisação injustificada. Talvez mais grave do que isso é a própria «hiperatividade inútil», consistente na excessiva concentração de atividades em aspectos secundários³¹², que apenas retiram o processo do trilho certo que o levaria à esperada sentença de mérito.

Esta circunstância deve ser, deveras, compreendida, precipuamente porque muitas vezes se constata as paralisações injustificadas, como motivadoras de dilações indevidas, enquanto que a hiperatividade inútil se escamoteia, sendo imperceptível a uma análise menos acurada.

A doutrina também costuma classificar, além dos chamados «critérios preceptivos», supracitados (complexidade do litígio, comportamento dos litigantes e conduta das autoridades), outros «critérios facultativos» como sendo a importância do litígio para os interessados, bem como o contexto no qual se desenvolve³¹³.

Seja como for, além de desenvolver e exercitar os conceitos como da celeridade e eficiência, os operadores do Direito, sobretudo juízes e Tribunais, devem começar a considerar, também, as dilações indevidas como sendo obstáculos ao atingimento de um processo dentro de um prazo razoável, direito fundamental de todos aqueles que litigam em juízo.

E a renovação da prova diretamente nos Tribunais de recurso tem exatamente esse propósito, ou seja, garantindo todos os direitos de defesa, permitir que o processo seja desenvolvido sem retardos desnecessários, primando, assim, por um resultado eficiente e útil ao jurisdicional, bem como à comunidade.

3.4.4 – acesso ao judiciário

³¹² NICOLITT, André Luiz - *Op. Cit.*, p. 84.

³¹³ *Ibid.*, p. 76/77.

Também inserido no contexto da efetividade que deve ser a marca dos processos judiciais, o amplo acesso ao Poder Judiciário tem sido considerado em dimensão inferior à sua potencialidade.

Contextualize-se que a liberalização incondicionada do acesso (aqui subentendido apenas como ingresso ao Judiciário) vem provocando três deletérios efeitos, ou seja, o aumento desproporcional da litigiosidade perante a comunidade; o desestímulo a busca de meios alternativos de solução de conflito, e, finalmente, sobrecarga do Judiciário³¹⁴, de forma tal que a prestação jurisdicional efetiva acaba sendo sufocada.

E tal situação, aliada a um aumento de formalidade processual, sempre acarreta maior consumo de recursos materiais e humanos, gerando maior insatisfação naqueles que procuram/necessitam da prestação jurisdicional.

Sendo assim, a expressão «acesso à justiça» necessita de uma nova dimensão/configuração.

Imprescindível a releitura do instituto a fim de que mantenha sua posição de destaque no presente cenário sociopolítico e econômico. Do contrário, limitar-se-á estigmatizada, como mera garantia retórica³¹⁵ de acesso generalizado sem, contudo, corresponder com respostas efetivas, temporalmente aceitáveis e justas.

No campo da prestação jurisdicional, diferentemente da filosofia, o que importa, na prática, não são os questionamentos, mas sim as respostas eficientes e práticas que o sistema seja capaz de proporcionar.

Ademais, a sociedade atual apresenta características multivariadas, com acentuada conflituosidade dada a pluralidade de conceitos, ideias e valores despontados nas últimas décadas, circunstância esta que, somada à realidade atual da Justiça, abarrotada de processos que não tiveram vazão, também, nas últimas décadas, aflora para uma necessidade iminente de releitura do princípio do amplo acesso à justiça, sob pena de, uma vez mais, restar como letra morta no ordenamento jurídico, um verdadeiro corpo sem alma.

³¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 66.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 62/63.

Não se busca mera restrição aleatória para ampliar a eficácia, pura e simplesmente, contudo, não se pode olvidar que a proliferação de questões de somenos importância, aliado ao fácil e estimulado acesso, com custo praticamente nulo, além de fomentar o litígio, desestimulam qualquer meio alternativo ou de autocomposição³¹⁶.

Portanto, desenvolver o princípio do amplo acesso à Justiça, na dimensão de um direito fundamental, compreende não somente permitir o ingresso em juízo, ou a mera atuação estatal teórica, mas, para além disso, possibilitar que o Estado-juiz preste uma tutela jurisdicional de forma adequada, com atuação eficiente, também, no mundo fenomênico³¹⁷.

Sintetizando, «não basta apenas abrir a porta de entrada»³¹⁸ do Poder Judiciário, através da mera possibilidade de ajuizamento de ações judiciais, consoante a razão do século passado, onde a dimensão do acesso ao direito e a Justiça estava reduzido a ideia de mero acesso ao processo³¹⁹. Muito mais do que isso, considerando que a Justiça e os Direitos nada, ou muito pouco, valem se não concretizados eficazmente na vida das pessoas, além de permitir o ajuizamento das demandas, o Poder Judiciário deve se esforçar, dotando o processo de aptidão para viabilizar o «acesso à ordem jurídica justa»³²⁰, e isso como direito autônomo, a valer um direito fundamental³²¹.

Portanto, nesse contemporâneo espaço conceitual, entendido o acesso ao Judiciário como sendo a possibilidade de receber o direito material de forma pronta, eficiente e justa, não se pode deixar de exigir que a renovação da prova seja desenvolvida com primor durante os recursos, seja porque desburocratiza o processo, sem redução de direitos, bem como permite que a solução derradeira, de mérito, acerca do direito material, finalmente se estabeleça e, conseqüentemente, seja concretamente implementada na vida do(s) litigantes(s) e da própria sociedade.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 73.

³¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino - Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. *Revista do Advogado - Reforma Processual Civil*. São Paulo: Associação de Advogados de São Paulo. n.º 46 (Agosto de 1995), p. 29.

³¹⁸ OLIVEIRA, C. A. Alvaro de - O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS. ISSN 0104-6594, v.22 (Set. 2002), p. 40.

³¹⁹ BEZERRA, Paulo – O Acesso aos Direitos e à Justiça: um Direito Fundamental. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Vol. LXXXI (2005), p. 779.

³²⁰ *Ibid.*, p. 785-788.

³²¹ *Ibid.*, p. 795.

3.5 – A PROPORCIONALIDADE

Para se entender o princípio da proporcionalidade, antes de mais nada, deve se partir da ideia de que não existem direitos absolutos, mesmo os direitos fundamentais, eis que, inclusive estes, possuem suas limitações/restrições³²².

E essa noção de relatividade, mesmo dos direitos fundamentais, parte da premissa de que, ainda que a Constituição considerasse absolutamente irrestringíveis tais direitos, tal concepção seria de todo impraticável, justamente porque inevitável que os valores constitucionais consagrados entrem em rota de «colisão»³²³ com outros direitos de igual magnitude.

Seguindo a lição de Dworkin, direitos fundamentais equivaleriam a «trunfos», concedendo ao seu titular uma garantia jurídica forte contra o Estado, ou seja, contra a maioria que o governa³²⁴.

Contudo, como nem todo trunfo é um às de trunfo, mesmo este acaba por ceder quando confrontado com outro(s) trunfo(s) de maior relevância no caso concreto³²⁵.

Assim, diferente das regras, cuja dimensão é a da validade, a dimensão dos princípios é a do peso.

Regras são aplicadas enquanto sistema de tudo-ou-nada; princípios são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos apenas em graus, sempre na maior medida do possível³²⁶.

Enquanto uma regra válida é simplesmente aplicada, enquanto uma regra inválida é naturalmente afastada, os «princípios» tem sua aplicabilidade condicionada ao «peso» que apresentem no caso concreto³²⁷.

³²² ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa da 1976*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 263; NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 70/71; SILVA, Virgílio Afonso da – O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar. n.º 4 (2006), p. 48; DUARTE, Ronnie Preuss – *Op. Cit.*, p. 155; MAGALHÃES, António Malheiro de – *Op. Cit.*, p. 565; ZAVASCKI, Teori Albino – *Op. Cit.*, p. 28.

³²³ LARENZ, Karl – *Op. Cit.*, p. 575; NOVAIS, Jorge Reis – *As Restrições ...*, p. 368.

³²⁴ *Idem* – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, p. 17/18.

³²⁵ *Ibid.*, p. 43/72.

³²⁶ DWORKIN, Ronald – *Op. Cit.*, p. 39-43; ALEXYY, Robert – *Op. Cit.*, p. 90.

³²⁷ NOVAIS, Jorge Reis – *As Restrições ...*, p. 326.

E é justamente a metáfora do triunfo, ou das «armaduras» (Schauer), a justificativa para tanto. Ora, como nenhuma armadura pode cobrir todo corpo, muito menos imunizar contra todas as armas, e triunfos também podem ser batidos por outros mais altos, direitos também não podem conferir proteção absoluta. Ainda que haja norma constitucional contrariando a razão lógica das respectivas metáforas, esta não teria correspondência no mundo dos fatos, assim como não o teria mera declaração, do construtor da armadura, de sua natureza indestrutível³²⁸.

Portanto, a necessidade de ponderação entre direitos individuais e os demais direitos da comunidade é situação comum a todos os direitos fundamentais³²⁹.

A fim de se compreender, com exatidão, o princípio da proporcionalidade, deve ser referenciada, ainda, que a doutrina majoritária defende a inexistência de uma prioridade absoluta entre os direitos em colisão³³⁰. Ainda que estes direitos possam não ter sempre o mesmo peso teórico, já que, muitas vezes, derivam de intensidades diversas com fundamento comum no princípio da dignidade da pessoa humana, a hierarquia somente pode ser localizada/definida quando contrastadas as circunstâncias concretas do caso em análise³³¹.

Ainda no campo dos princípios, deve-se dar importância à compreensão de que direitos concorrentes estariam vulnerados caso o direito em colisão não pudesse ser limitado, possuindo os cidadãos não só o direito a proteção do Estado, como, também, direito a se livrar da interferência Estatal desproporcional. Logo, da necessidade de escolher entre essas duas espécies de direitos, há sempre a necessidade de se fazer escolhas entre a proteção mais importante no caso concreto, sendo esta a legitimidade da restrição de direitos, repita-se, a proteção ao que se mostrar mais relevante/importante no caso em voga³³².

Justamente por isso é que, quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, maior terá que ser o grau de satisfação ou importância do outro³³³. Esta é a lei do sopesamento, ou seja, quanto mais um princípio é restringido, mas ele fica resistente³³⁴.

³²⁸ *Ibid.*, p. 586/587.

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 218.

³³⁰ LARENZ, Karl - *Op. Cit.*, p. 575/576; ALEXY, Robert - *Op. Cit.*, p. 95; ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Op. Cit.*, p. 301.

³³¹ *Ibid.*, p. 300.

³³² DWORKIN, Ronald - *Op. Cit.*, p. 297.

³³³ ALEXY, Robert - *Op. Cit.*, p. 163.

³³⁴ *Ibid.*, p. 300.

Porquanto, sempre que a Constituição proteger, simultaneamente, dois direitos fundamentais, ou seja, quando dois valores ou bens se encontrarem em contradição, haverá uma colisão ou conflito entre princípios.

E a doutrina classifica estas «colisões» em «autênticas», «próprias», ou «em sentido estrito», quando ocorrem entre direitos individuais contrapostos; e «não autênticas», «impróprias» ou «em sentido amplo», quando determinado direito individual colide com outros princípios ou valores cuja proteção interesse diretamente à comunidade, e apenas reflexamente ao indivíduo³³⁵.

Aliás, inegável a existência de colisão entre direitos fundamentais e a própria imposição da vida em sociedade, que exige ordem pública, ética, moral, social, autoridade do Estado, segurança nacional, etc. E estes conflitos práticos entre interesses individuais e os valores comunitários também devem ser considerados pelo princípio ora em análise³³⁶.

Agregue-se a esta constatação o atual contexto histórico vivenciado, com divisão em grupos sociais e a complexidade do mundo contemporâneo, terreno propício as já inevitáveis colisões entre os direitos fundamentais ou entre estes e os demais valores de uma vida em comunidade³³⁷.

Justamente nesse contexto se posiciona o princípio da proporcionalidade, como sendo o «princípio dos princípios», ou «princípio coordenador do direito»³³⁸, ou, ainda, o primordial «método»³³⁹ para resolução do conflito entre princípios, precisamente quando não existir (e quase sempre não há) uma regra expressa a resolver a questão.

Alguns consideram o princípio da proporcionalidade como um «conceito-chave», cuja relação racional entre o fim perseguido e os meios utilizados define o equilíbrio justo e razoável entre interesses gerais e interesses individuais³⁴⁰. Não se pode olvidar que se trata

³³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Op. Cit.*, p. 1270; MENDES, Gilmar Ferreira *et alli* - *Op. Cit.*, p. 280/281.

³³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Op. Cit.*, p. 264.

³³⁷ GUEDES, Néviton de Oliveira - *Colisão e Ponderação de Direitos Fundamentais: os Limites da Argumentação Jurídica no Âmbito da Jurisdição Constitucional*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. 414 p. Tese de Doutoramento em Direito, p. 186.

³³⁸ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 277.

³³⁹ LARENZ, Karl - *Op. Cit.*, p. 587.

³⁴⁰ GASPAR, António Henriques - Os Novos Desafios do Processo Penal no Século XXI e os Direitos Fundamentais: um Difícil Equilíbrio. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8563, ano 15, n. ° 2 (Abr.-Jun. 2005), p. 269.

do «principal instrumento de controle», no âmbito dos limites/restrições aos direitos fundamentais³⁴¹.

Posicionando, então, o princípio da proporcionalidade no campo de estudo ora proposto, muitas vezes do operador do direito se encontra em um dilema, na verdade, um conflito entre a exigência da certeza e a rapidez na conclusão do processo³⁴².

O que se busca, de fato, é um equilíbrio harmonioso entre a celeridade e a ampla cognição, entre efetividade e segurança jurídica, sobretudo no campo de estudo das invalidades processuais³⁴³. Contudo, inexistente fórmula válida para todos os casos, muito menos se pode atingir a total dimensão de ambos os princípios, muitas vezes em colisão. O que se busca, então, são riscos calculados, sendo que a tendência atual, neste jogo de valores, como visto outrora, é potencializar as exigências ligadas aos escopos sociais³⁴⁴, isso sem perder o norte de que ambos os princípios constitucionais, tanto o do devido processo legal, através de seus aspectos do contraditório e da ampla defesa, sem se descuidar, também, de seu aspecto material, que agregado a necessidade da duração razoável dos processos, necessitam ser interpretados de modo harmônico, a fim de que a prevalência de um não signifique a fulminação do outro, que, em tese, possui a mesma hierarquia³⁴⁵.

Busca-se, na verdade, com a ponderação entre efetividade e segurança jurídica, alcançar um processo tendencialmente justo³⁴⁶, sendo que, enquanto os interesses comunitários clamam por celeridade e eficiência, ou seja, pela própria economia dos meios, o interesse individual sempre buscará o rigorismo da forma legal³⁴⁷, ou, ainda, o ritualismo prescrito inspirado em exigências técnicas a garantir a posição dos intervenientes processuais; contudo, como não há como se desconsiderar os danos que uma invalidação do ato processual resulta, muitas vezes inutilizando totalmente atividade processual desenvolvida, com consideráveis despesas, que em casos limites poderia gerar a própria perda do direito, o interesse da coletividade fomenta o lado oposto, ou seja, a flexibilização da forma e dos vícios dos atos processuais³⁴⁸.

³⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis - *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 161.

³⁴² PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 261.

³⁴³ SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 110/111.

³⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 270/271

³⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 508.

³⁴⁶ OLIVEIRA, C. A. Alvaro de - *Op. Cit.*, p. 42.

³⁴⁷ PATRONILHO, Sílvia Raquel Ferreira - *Op. Cit.*, p. 48.

³⁴⁸ SILVA, Germano Marques - *Curso ...* Vol. 2, p. 114/115.

Assim, a finalidade do processo é proporcionar às partes igualdade na demanda e Justiça na decisão. Exatamente por isso os meios devem ser, também, rápidos e seguros para a descoberta da verdade, com a máxima garantia social, em detrimento de um mínimo sacrifício individual³⁴⁹.

Outra circunstância que não pode passar sem registro é o fato de que o processo penal, como instrumento de política criminal, deve procurar lograr «concordância prática» entre uma lógica da Justiça e uma lógica de produtividade ou eficiência social³⁵⁰.

Atualmente, as finalidades ditas primárias do processo penal são a realização da Justiça e a descoberta da verdade, sem perder de vista que o primado da proteção face ao Estado, em defesa dos criminalmente processados, limita tais finalidades primárias, ou melhor, dá-lhes significado. Dentro deste mesmo contexto o processo deve restabelecer a paz jurídica contrariada pela prática do crime, reafirmando a validade da norma³⁵¹, mas sem extirpar, por completo, os direitos de defesa do acusado.

É bom que se saliente que a jurisprudência nacional já vem reconhecendo que, mesmo em processo penal, não se deve privilegiar uma visão estritamente individualista, em detrimento da funcionalidade do sistema³⁵².

A doutrina criminal, de modo geral, tenta estabelecer esse meio-termo, assegurando garantias processuais ao réu, mas sem a pretensão de tornar o processo penal um sistema de fomento às nulidades, apartando-se de um formalismo excessivo, a ser banido do processo hodierno, procurando sempre equilibrar garantias processuais, eficiência do sistema, direito das vítimas e o próprio interesse público, sendo a tônica atual o balanceamento entre eficiência processual e garantias individuais³⁵³.

³⁴⁹ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *Op. Cit.*, p. 301.

³⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo - Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 0871-8563. Ano 8, n.º 2 (Abril-Junho 1998), p. 201.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 202.

³⁵² «Somente sob a visão jurídica estritamente individualista e rigorosamente clássica do Processo Penal, se poderá afirmar que os macro-valores sociais devam ser subjugados a interesses individuais, sem dúvida legítimos, eis que se trata de elementos axiológicos estruturantes da própria vida social, a que o Direito tem que dar efetividade; o garantismo individual não há de chegar ao ponto de desproteger os superiores interesses coletivos. (...)» (STJ - HC n.º106.742/SP. 5ª T. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, J. 27/05/2008, DJe 23/06/2008).

³⁵³ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 362/363.

Também a jurisprudência do TEDH, não se apartando da premente necessidade de compatibilização constitucional, vem admitindo técnicas de economia processual como forma de melhorar a satisfação na procura da Justiça, sob a tônica do direito em prazo razoável, inclusive com limitação da via recursal ou através do estabelecimento de procedimentos simplificados, de acordo com a natureza, relevância e urgência do objeto processual³⁵⁴.

O que precisa ficar claro, sob esse aspecto, não é a existência da colisão em si entre normas do direito fundamental, que exigem a eficiência na prestação jurisdicional, mas também a exatidão do direito posto. Deve ser compreendido que «convicção», por maior que seja, não corresponde a «certeza», sendo inevitável a existência de riscos.

A busca pela certeza, na acepção da palavra, inviabilizaria os próprios juízos de convicção, enquanto que o direito busca, na verdade, um grau de convicção suficiente. Trata-se de juízo de probabilidade suficiente, que avalia a intensidade dos riscos e a gravidade dos males, em confronto com as vantagens esperadas da remoção, tão pronta quanto possível, da incerteza em busca da pacificação social³⁵⁵. Estes riscos, na verdade, são inevitáveis dadas as próprias limitações humanas, devendo todo «risco» ser «calculadamente aceito», firmando um «custo aceitável» em face de outras vantagens certas e pretendidas³⁵⁶.

Em razão disso, já se começa a perceber que a máxima sobre ser preferível absolver noventa e nove culpados ao invés de condenar um só inocente possui inegável valor político em sistemas cuja pena de morte é aplicada³⁵⁷, quando há previsão de prisão perpétua, inexistentes no Brasil, ou, ainda, se diante de sistemas cujas penas privativas de liberdade ocorram em quantidade expressiva. Contudo, este adágio perde grande parte de seu significado em um regime mais flexível, cujas penas restritivas de direito são a tônica, ou, ainda, mesmo em caso de penas privativas de liberdade, além de seu diminuto tempo de cumprimento, as progressões de regime, bem como o regime inicial de cumprimento da pena, na maioria das vezes diverso do fechado, colocam operador do direito, no mínimo, a pensar funcionalmente.

³⁵⁴ FONSECA, Isabel Celeste M. - *Op. Cit.*, p. 213.

³⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 279-288.

³⁵⁶ *Ibid.* p. 297.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 296.

Destaca-se, também, o fato de que nem sempre o Estado, como ocorria outrora, apresenta-se como o Leviatã avassalador, muito menos o acusado se encontra juridicamente desamparado, como sói imperar em muitos casos de crime organizado, tributários, empresariais, formação de cartel, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, entre outros, que, muitas vezes, apresentam-se assessorados por profissionais de variadas áreas, como contadores, engenheiros, economistas, além de qualificados escritório de advocacia. Portanto, mister aprofundar a análise, sobretudo nestes casos³⁵⁸.

Além disso, se a máxima defensiva for sempre e ilimitadamente empregada, a capacidade do sistema de condenar os culpados, com o restabelecimento da paz social, acabará fragilizado, não cumprindo uma exigência do próprio Estado de Direito, com fundamento na Constituição, que é a defesa de suas próprias Instituições e do Sistema de Direito Penal funcional. Analisar o direito processual apenas sob a perspectiva dos denunciados seria uma radicalização perigosa do próprio Estado de Direito³⁵⁹.

Não se pretende aqui, generalizadamente, vulnerar garantias, mesmo porque não são estas, na sua essência, que se excedem, mas o seu manejo é que pode se dar de forma exagerada, cumprindo ao Direito exercer a resposta imediata que é a punição ao abuso, inclusive com a rejeição liminar dos expedientes infundados³⁶⁰.

O operador do direito, portanto, compromissado com os escopos processuais, não pode simplesmente lançar mão de um dos vetores em detrimento do outro. Deverá sempre buscar uma «concordância prática», realizando de forma máxima ambos os valores em confronto. Ambos devem ser protegidos ao máximo, tanto protegendo os cidadãos em face do Estado, quanto protegendo-os através deste³⁶¹, sempre com ampliação de lucros e redução de prejuízos, nomeadamente quando da análise das nulidades processuais, não se perdendo de vista que hipervalorizar um processo imaculado, como muito pretendido por parte dos criminalmente processados, ao invés de otimizar o princípio da segurança jurídica, tem, na

³⁵⁸ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 351.

³⁵⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *Op. Cit.*, p. 918.

³⁶⁰ PEREIRA, Rui - A Reforma do Processo Penal: entre a Celeridade e as Garantias de Defesa. *POLITEIA - Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna*. Coimbra: Almedina. ISSN: 1646-0367. Ano II, n.º 2 (Jul.-Dez. 2005), p. 19.

³⁶¹ ÁVILA, Humberto - *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 166.

verdade, o condão de atrofiar o sistema, na medida em que simplesmente protela, e algumas vezes até evita, condenação evidenciada³⁶².

O próprio Tribunal Constitucional alemão, valendo-se da necessidade de concordância prática, chancela que ambos os valores jurídicos em colisão ganhem realidade³⁶³.

E quanto a estas hipóteses de colisão, não é demais lembrar que não apenas o legislador tem por obrigação ponderar valores em conflitos, mas, também, o julgador, no caso concreto, deparando-se com hipóteses de confronto entre princípios constitucionais de mesmo peso, como normalmente ocorre quando se confronta o ideário da efetividade com o da segurança jurídica, deve buscar, sempre, sobretudo nas sentenças judiciais, obedecer ao princípio da proporcionalidade³⁶⁴.

Mas em que consistiriam esses elementos da proporcionalidade?

Para responder a este questionamento a doutrina apresenta e disseca três elementos bem posicionados, a saber a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁶⁵.

Por «adequação», ou «idoneidade», deve ser analisado se o ato é «apto» a gerar o objetivo eleito, para o qual a restrição fora levada a efeito, ou, ao menos, possa contribuir para alcançá-lo.

Já por «necessidade» deve ser perquirido acerca do meio menos restritivo, mais suave e com o mesmo alcance para o desiderato. Em outras palavras, o meio deve ser indispensável, entre todos os postos à disposição, devendo se evitar danos desnecessários à consecução da finalidade.

Por «proporcionalidade em sentido estrito», também conhecida como «controle de sintonia fina» ou terceiro elemento da proporcionalidade, o que deve ser apreciada é a justa medida correlacionada entre os bens e interesses em colisão. Na verdade deve ser comparada

³⁶² CORREIA, João Conde - *Contributo ...*, p. 25/26.

³⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira *et alli* - *Op. Cit.*, p. 286.

³⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino - *Op. Cit.*, p. 30; SARLET, Ingo Wolfgang – Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais. O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Vol. LXXXI (2005), p. 378/379.

³⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis - *Op. Cit.*, p. 162-181; ÁVILA, Humberto - *Op. Cit.*, p. 184/185; ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p. 57/58.

a importância do que se pretende atingir com a medida restritiva, contraposta à gravidade do sacrifício imposto ao direito restringido, lembrando que o que acaba sendo ponderado não são os bens, direitos ou valores, mas «vantagens e desvantagens recíprocas» entre o que se está a restringir e o que se pretende alcançar³⁶⁶.

Entendido, então, o princípio da proporcionalidade como sendo a fórmula de solução adequada acerca das inelimináveis colisões entre direitos fundamentais, ou mesmo entre estes e os valores da sociedade, sobretudo no que concerne às nulidades processuais, ou, antes disso, as formalidades no seu aspecto de meio e fim, é possível identificar o «princípio da validade *prima facie*» dos atos processuais, inclusive no processo penal³⁶⁷.

E as justificativas para tanto podem ser sintetizadas em algumas circunstâncias identificáveis no direito processual, a valer: a) o direcionamento valorativo que impede o culto à forma como algo em si mesmo considerado; b) a combinação de ideias entre forma-garantia e forma-função, compreendendo o formalismo como instrumento a atingir fins; c) a dependência de pronunciamento da nulidade, sem a qual continua a produzir efeitos no processo; d) a considerável quantidade de regras, inclusive princípios (Cap. 2.2), de relativização das nulidades processuais. Esses dados denotam que, em regra, as nulidades não devem conduzir à invalidação, a menos que concorram fatores, no caso concreto, que justifiquem a medida excepcional³⁶⁸.

Esta prioridade normativa no campo das nulidades não afasta, pura e simplesmente, a possibilidade de invalidação. Apenas impõe um ônus argumentativo face a prioridade de manutenção do ato processual, já que quem pretender a invalidação terá um peso ou uma maior exigência/esforço de justificação³⁶⁹.

Ora, considerando-se todas as consequências funestas para o processo que as invalidações invariavelmente acarretam, esta deve ser encarada como última *ratio* e, como tal, necessitam de circunstâncias concretas e de gravidade acentuada para seu reconhecimento e implementação, enquanto que vícios de pequena, ou nenhuma, repercussão não devem gerar invalidação, sendo o vetor de balizamento destas circunstâncias o princípio da economia processual³⁷⁰.

³⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis - *Op. Cit.*, p. 185.

³⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 349.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 192.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 189/190.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 344/345.

Por outro lado, não deve ser desconsiderado que, também na dimensão dos recursos, deve haver equilibrado balizamento entre direitos e deveres de quem postula em juízo, ou melhor, deve sempre ser buscado o equilíbrio entre as garantias de defesa e a própria capacidade do sistema, sendo que doutrina e jurisprudência são categóricos ao estabelecer que a amplitude do recurso não pode, funcionalmente, ser ilimitado³⁷¹.

Seja como for, o princípio da proporcionalidade se apresenta como importante ferramenta à análise/manejo das nulidades processuais, bem como no campo dos recursos. Nomeadamente no terreno da renovação direta da prova nos Tribunais, talvez seja o outro lado do princípio da proporcionalidade o mecanismo que fomenta, e até exija, sua acentuada utilização, princípio este que passa a ser analisado no subtítulo sequencial.

3.6 – A PROIBIÇÃO DO DÉFICE

Partindo da ideia de que o monopólio estatal da resolução de conflitos, impedindo que o cidadão faça justiça com as próprias mãos, consequência inerente é a imposição Estatal ao dever de impulsionar esta atividade, ou seja, a prestar uma tutela jurisdicional efetiva, em prazo razoável, sempre no intuito de manter a ordem jurídica e a paz social³⁷².

E a comunidade, quando atingida em seus valores maiores pela criminalidade, exige a imediata repressão por parte do Estado, que se utiliza do próprio Processo Penal como mecanismo para dar satisfação a esta pretensão³⁷³.

Portanto, além do processo penal servir para obtenção da segurança jurídica, eliminando o litígio através do processo, tem por finalidade primeira a descoberta da verdade e a realização da justiça, restabelecendo a tranquilidade e a paz social dos membros da comunidade³⁷⁴.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 23.

³⁷² ZAVASCKI, Teori Albino - *Op. Cit.*, p. 29; CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Op. Cit.*, p. 497; SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. Cit.*, p. 357/358; SCARPARO, Eduardo - *Op. Cit.*, p. 100; MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Op. Cit.*, p. 506.

³⁷³ PIMENTA, José da Costa - *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Tomo I. Lisboa: Livraria Petrony-Editores, 2003, p. 65/66.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 44/45.

Contudo, inegável que a duração excessiva do processo, também no campo do processo penal, contraria o direito ao acesso à tutela jurisdicional efetiva, esta entendida de forma ampla³⁷⁵.

Sob esse aspecto, torna-se importante pontuar que a perspectiva liberal clássica do século XIX pressupunha, tão-somente, defender o cidadão da maldade do Estado, berço da Revolução Francesa e no seio do Estado liberal, na exata medida em que a burguesia havia destronado a monarquia e recuperado o poder político. Nesta cronologia a função do Estado era de guardião dos interesses da burguesia. No entanto, tal sistema se encontra ultrapassado pela evolução histórica, não sendo mais correta a interpretação jurisprudencial de Estado inimigo da sociedade, a partir do século XX, quando, então, surge a função social do Estado a superar a crise que o liberalismo apresentava. Após a Segunda Grande Guerra Mundial, o modelo de Estado ganha a potencialidade de ser considerado Estado Democrático de Direito, com destaque à potencialidade de transformação social³⁷⁶.

A própria evolução da humanidade passou a exigir um novo conceito para efetividade dos direitos fundamentais, aumentando o grau de juridicidade, concretude e eficácia destes³⁷⁷.

Desta superação de anteriores fases históricas se pode perceber que não existe apenas o tratamento para direitos individuais, mas, também, para direitos de segunda e terceira geração. O redimensionamento na proteção de direitos, ultrapassando a mera função de proteção negativa do Estado, estabelece um novo modelo de respostas a necessidade de segurança dos direitos, conduzindo a um sistema de direitos a prestações por parte do Estado³⁷⁸.

Portanto, se no século passado se discutia apenas o aspecto negativo da instrumentalidade e do processo, tido como mero instrumento ao direito material, atualmente, em grau muito mais amplo e ativo, o que se aspira é o aspecto positivo da própria instrumentalidade, traduzido na aptidão de implementação do próprio Direito, eliminando a insatisfação de forma justa e com o estabelecimento de um canal de comunicação com a

³⁷⁵ FONSECA, Isabel Celeste M. - *Op. Cit.*, p. 207.

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz - A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Metropole. n.º 53 (Maio-Set. 2004), p. 240.

³⁷⁷ OLIVEIRA, C. A. Alvaro de - *Op. Cit.*, p. 33.

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz - *Op. Cit.*, p. 241.

sociedade, educando para o exercício de direitos, cumprindo-se os próprios objetivos do Estado³⁷⁹.

Na verdade, não se descurando da tese clássica de proibição do excesso Estatal, através do garantismo negativo, atualmente está em voga a discussão acerca da proteção dos direitos fundamentais perante terceiros e através do Estado.

Ao Estado, portanto, cumpre a tarefa de defender a sociedade de forma ampla, não sendo o Estado o «único inimigo», mas, de acordo com a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estabelecendo seu horizonte, também, perante terceiros, na medida em que os próprios direitos fundamentais também são violados por particulares. Sob esse prisma, o direito penal, simultaneamente, serve para limitar o poder de intervenção do Estado, mas, de igual modo, para combater a criminalidade. Em síntese, protege, além disso, a sociedade de seus próprios membros quando cometam abusos³⁸⁰.

Pode se dizer, desta forma, que a Constituição protege o cidadão frente ao Estado, mas, também, «através do Estado», face a constatação da violência por parte de outros cidadãos³⁸¹.

O Estado passa, então, de «opositor» ou «adversário» dos direitos fundamentais, ao papel de verdadeiro «protetor», «guardião» ou «amigo dos direitos fundamentais» (Stern). Essa concepção deixa claro que a mera omissão estatal, simplesmente não vulnerando direitos fundamentais, já não basta, necessitando de uma atuação positiva, ou seja, protegendo os próprios valores da sociedade, constituindo, nisso, seu duplo viés, de proteção contra o arbítrio, mas, e a valer, de concretização de direitos, ou melhor, às prestações efetivas³⁸². Em outras palavras, se através do direito de defesa os pressupostos eram o respeito e a abstenção, no direito às prestações o Estado deve adotar uma postura ativa, implementando a ordem jurídica e material³⁸³.

De fato, no atual contexto dos direitos fundamentais não se pode olvidar que estes produzem efeitos através da relação cidadão/cidadão, efeitos perante terceiros ou, também chamado, efeito horizontal. O que se discute é a exata extensão desta comungada

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 316-322.

³⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz - *Op. Cit.*, p. 242.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 243.

³⁸² *Ibid.*, p. 245; MENDES, Gilmar Ferreira *et alli* - *Op. Cit.*, p. 209.

³⁸³ *Ibid.*, p. 203.

constatação³⁸⁴, mesmo porque é assente na doutrina, que se dedicou ao estudo da questão, que o Estado está vinculado à proteção de um cidadão, ainda que perante a ação de um outro³⁸⁵.

Sem sombra de dúvida não se espera apenas a conformação do processo às normas da Constituição, mais que isso, o que se pretende é o exercício funcional da jurisdição no modo como o processo é conduzido, almejando-se decisões essencialmente justas³⁸⁶.

A função, portanto, dos direitos fundamentais deve estar atrelada ao próprio dever de efetivação destes direitos, corolário do Estado, ou melhor, deveres de proteção do Estado, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos, também, contra agressão de outros iguais, constituindo-se verdadeiros imperativos de tutela³⁸⁷.

Em síntese, se nos direitos fundamentais de defesa a exigência é a abstenção de atuação Estatal na esfera privada; nos direitos proteção o Estado deve conformar a ordem jurídica evitando a violação dos direitos particulares através de outros atos de particulares³⁸⁸, através de imperativos de tutela, cujo destaque é assumido pelo Processo Penal como meio pelo qual o Poder Público exerce esse dever de proteção aos indivíduos³⁸⁹.

Pode ser constatado, portanto, que os imperativos de tutela, bem como o princípio da proibição do défice, apresentam autonomia dogmática frente ao genérico princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso³⁹⁰, porém não se desvencilhando deste totalmente, sobretudo por um «elo de correlação», que é o próprio elemento da «necessidade» ou «exigibilidade» que, de forma ampla, direciona a atuação Estatal³⁹¹.

Assim, ao se reconhecer o dever do Estado proteger os particulares frente aos atos abusivos dos próprios particulares, deve ser reconhecido o grau de indispensabilidade do processo como meio para proteção dos próprios direitos fundamentais, exigidos pela Constituição³⁹².

³⁸⁴ ALEXY, Robert - *Op. Cit.*, p. 528.

³⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm – *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006, p 58.

³⁸⁶ OLIVEIRA, C. A. Alvaro de - *Op. Cit.*, p. 32.

³⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang – *Op. Cit.*, p. 356.

³⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 76/77.

³⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang – *Op. Cit.*, p. 358/359.

³⁹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm – *Op. Cit.*, p. 60.

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang – *Op. Cit.*, p. 368.

³⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Op. Cit.*, p. 78/79.

Destarte, o atual conceito do direito ao acesso aos Tribunais ganha uma dupla dimensão, não só como direito de defesa contra os atos do Poder Público, mas, para além disso, como direito à proteção do particular através dos Tribunais, tanto contra os atos excessivos do Estado, como contra a violação de direitos por parte de terceiros, lembrando que este mesmo particular só pode ter protegido seu direito fundamental através dos Tribunais³⁹³.

E estas ações positivas, objeto do direito às prestações, mesmo em uma relação de sujeitos de mesma hierarquia³⁹⁴, passa, invariavelmente, pelo estabelecimento de normas procedimentais, sobretudo no campo do processo penal³⁹⁵.

E é exatamente neste campo que se posiciona, também, a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) por parte do Estado.

Enquanto o princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, estabelece o próprio limite às limitações entre direitos fundamentais, o princípio da vedação da proteção insuficiente exige que a atuação estatal não fique aquém de um nível mínimo de proteção constitucionalmente aceito. Exatamente por isso é que o princípio da proibição da insuficiência deve ser definido como o modo pelo qual se afere a violação, pelo Estado, do dever de proteção³⁹⁶.

Por outro lado, é constatação da doutrina a ausência de elaboração dogmática tão sofisticada, frente ao princípio da proibição da insuficiência, se comparada com a doutrina correlacionada ao princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso³⁹⁷. No entanto, também é constatação doutrinária que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, não só quando a atuação Estatal de restrição aos direitos fundamentais se apresenta excessiva (através do princípio da proporcionalidade), mas, também, quando o Estado é omissivo com relação ao dever de proteção, violando, assim, o outro aspecto do princípio da proporcionalidade, ou seja, a proibição da proteção deficiente, inclusive quando o juiz, no processo, não protege o direito fundamental dos cidadãos de uma forma mínima e suficiente³⁹⁸.

³⁹³ *Idem* - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 496.

³⁹⁴ ALEXY, Robert - *Op. Cit.* p. 451.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 442.

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang – *Op. Cit.*, p. 361/362.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 366.

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz - *Op. Cit.*, p. 246-249.

Não que isso signifique ativismo judicial, mas, pelo contrário, a exigência constitucional é que a prestação jurisdicional forneça um mínimo de proteção, sem a qual deve ser considerada insuficiente, princípio adotado, inclusive, pelo Tribunal Constitucional alemão³⁹⁹.

De igual modo, apesar da correlação, não se deve confundir, como se exatamente a mesma coisa fosse, o dever de proteção com o princípio da proibição da insuficiência. Em primeiro lugar deve ser investigado se existe um dever de proteção por parte do Estado, ou, em outras palavras, trata-se do «se» da proteção; sequencialmente, constatado o dever de proteção, passa-se à verificação dos termos em que este dever deve ser implementado, se a legislação ordinária satisfaz, suficientemente, esse dever, bem como se os bens jurídicos contrapostos não estão super valorizados⁴⁰⁰.

In casu, como o próprio princípio da celeridade exige meios de atuação, sem estes meios o sistema entra em crise de resposta⁴⁰¹, e sem resposta eficiente o Estado não presta o mínimo necessário da jurisdição, exigência constitucional a ser considerada.

Especialmente no campo do processo penal, não se pode deixar de buscar o equilíbrio necessário entre os valores em colisão, não se descurando da necessidade da realização das finalidades adstritas. Isso significa que mesmo os direitos de defesa, através dos quais o sujeito processado criminalmente se utiliza para defesa de seus direitos, não podem ser suscitados com o objetivo de obstar a ação judicial, ou mesmo a prolação da sentença de mérito. Deve sempre ser harmonizado o direito de defesa, dos acusados em geral, com a eficácia exigida pelo próprio sistema⁴⁰².

Longe de vulnerar qualquer direito de defesa, a conclusão que se pretende estabelecer é apenas que ninguém tem direito de obstar o julgamento de mérito, ou melhor, ninguém tem direito de não ser julgado, mas sim de um julgamento de acordo com o procedimento, porém através de um rito célere e eficaz, sempre em busca de uma solução conforme o direito justo, equilibrado, equânime e proporcional.

³⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm – *Op. Cit.*, p. 59/60.

⁴⁰⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm – *Op. Cit.*, p. 122/123 e 138/139.

⁴⁰¹ BARREIROS, José António - *Op. Cit.*, p. 69.

⁴⁰² GASPAR, António Henriques - *Op. Cit.*, p. 261.

Aliás, já é passada a hora de o processo penal ser compreendido como um «locus» que assegure, tanto os direitos de defesa do acusado, quanto a própria pretensão da vítima que, seguramente, demanda por Justiça⁴⁰³.

Uma visão míope, parcial ou que tenda apenas para um dos lados desta equação e, ainda, sem considerar os valores que regem a vida em sociedade, não pode ser considerado suficiente na atual quadra dos direitos fundamentais, nomeadamente como direito às prestações, dever do Estado Democrático de Direito.

Esta exata compreensão do princípio da proibição da proteção insuficiente irradia seus efeitos ao contemporâneo Direito Constitucional, com o que apresenta uma importante ferramenta de valoração às decisões judiciais⁴⁰⁴, lembrando que a vinculação, de todos os órgãos estatais (e porque não dizer jurisdicionais), não se limita à proibição do excesso, mas, também, à proibição da insuficiência e dos deveres de proteção⁴⁰⁵, sendo que o exercício da liberdade por intermédio do Estado em muito depende de uma postura ativa dos órgãos públicos⁴⁰⁶, sobretudo dos órgãos jurisdicionais.

Neste sentido o Tribunal Constitucional espanhol vem reconhecendo o dever judicial de promover a tutela jurisdicional com efetividade, e isso não apenas como um dever moral, mas jurídico e constitucional dos juízes/Tribunais, constituindo-se um norte seguro de direcionamento da atividade judicante, com o que refuta a omissão, a passividade ou a inatividade dos órgãos judiciais, fomentando a eficiente prestação da tutela jurisdicional⁴⁰⁷.

Também a Corte Europeia dos Direitos do Homem possui vários pronunciamentos acerca da necessidade de se proteger direitos, não apenas teóricos/ilusórios, mas concretos/efetivos⁴⁰⁸.

Aliás, não foi por outra razão que o Tribunal Constitucional alemão, já em 1958, analisando o importante caso «Luth», reconheceu o «efeito irradiante» dos direitos fundamentais, na tendência jurisprudencial, como fornecedores de diretrizes, tanto a órgãos

⁴⁰³ DIAS, Augusto Silva - A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente. In PALMA, Maria Fernanda, coord. - *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 65.

⁴⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais ...*, p. 66/67.

⁴⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. Cit.*, p. 363.

⁴⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira *et alli* - *Op. Cit.*, p. 203.

⁴⁰⁷ OLIVEIRA, C. A. Alvaro de - *Op. Cit.*, p. 39.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 40.

legislativos e executivos, quanto aos órgãos jurisdicionais, à ação positiva por parte dos poderes públicos⁴⁰⁹.

Portanto, se num primeiro momento repousa nas mãos do legislador ordinário a prerrogativa de ponderar valores, fixando, através da lei, as regras procedimentais sobre as quais atuará o juiz, em hipótese alguma isso pode significar exclusividade ou monopólio normativo, eis que a superação dos défices da proteção processual também podem/devem ser realizados pelo Poder Judiciário, sobretudo quando constatadas as lacunas normativas inerentes a todo sistema, que não pode, por obviedade, pressupor/regulamentar todas as hipóteses ao caso concreto, sendo obrigação do magistrado uma interpretação voltada à superação de literais incapacidades processuais ao visado direito material⁴¹⁰.

Dito de outro modo, o juiz tem o dever jurídico e constitucional de atuar para conferir eficácia aos direitos fundamentais, sob pena de, assim não o fazendo, incidir na grave mácula da proteção insuficiente⁴¹¹. Logo, uma reação mais enérgica é exigida da Magistratura, especialmente no campo das nulidades processuais, prevenindo dilações indevidas através de expedientes manifestamente protelatórios, a fim de ser, finalmente, solucionada a questão de mérito ou de fundo⁴¹².

Questão delicadíssima, nesta seara, é saber se a manutenção da postura omissiva por parte do Judiciário, geradora de atraso indevido na prestação jurisdicional, apesar do reconhecido dever de proteção, pode causar a responsabilização do Estado⁴¹³, inclusive no âmbito internacional.

Atualmente na Europa, cômico deste dever da prestação do direito em prazo razoável, o juiz nacional deve ser o principal defensor do preceito, cabendo aos Estados, quando insuficiente a prevenção, remediar prontamente a violação, sempre dotando de estrutura o sistema judiciário a fim de velar pelo ordenamento jurídico interno⁴¹⁴, lembrando sempre da existência, no plano internacional, da ação de omissão como meio de reação contra inércia

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang – *Op. Cit.*, p. 345/346.

⁴¹⁰ ALEIXO, Pedro Scherer de Mello – *Op. Cit.*, p. 420/421/425.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 427.

⁴¹² GIMENO SENDRA, Vicente - *Op. Cit.*, p. 143.

⁴¹³ FONSECA, Isabel Celeste M. - *Op. Cit.*, p. 230.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 224-226.

dos órgãos comunitários, assim como do processo por incumprimento de uma obrigação assumida em um tratado internacional⁴¹⁵.

3.7 – A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL

O objeto do estudo passa, invariavelmente, pelas colisões entre direitos fundamentais de eficiência e de segurança jurídica, o que sugere uma ponderação entre os interesses jurídicos envolvidos, bem como, muitas vezes, a restrição de direitos fundamentais.

Não se pode negar que a necessidade de harmonização ao caso concreto, apesar de algumas vezes flertar com o defeso decisionismo, é uma necessidade que não se pode eliminar⁴¹⁶.

Portanto, a legitimação constitucional para esta restrição, ou, ainda, o correto equacionamento da questão posta em causa, é de singular importância, especialmente, para casos desse jaez.

E legitimidade, sob esse aspecto, pode, assim, ser definida como uma disposição genérica em aceitar (ou, ao menos, contentar-se) com decisões teoricamente indefinidas, porém balizadas por limites de tolerância⁴¹⁷.

Para tanto, juízes/Tribunais devem ter a capacidade de, integrando novas expectativas ao sistema, demonstrar, de forma racional e através de um efetivo processo de comunicação, que a decisão tomada, mesmo quando não idealizada por qualquer das partes, é suficientemente convincente para uma transformação estrutural de expectativas, em conformidade com o sistema jurídico⁴¹⁸.

Deve o julgador estabelecer, no processo, um ambiente comunicativo, debatendo questões relevantes com os demais sujeitos processuais, enquanto estes também devem interagir, não só com o juiz, mas, e principalmente, entre si⁴¹⁹.

⁴¹⁵ MARTINS, Ana Maria Guerra - *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. Depósito Legal 217585/04, p. 475/482/483.

⁴¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Op. Cit.*, p. 1274/1275.

⁴¹⁷ LUHMANN, Niklas - *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 30

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁴¹⁹ CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 215.

Exige-se do juiz, portanto, neste novo momento de formatação processual, a facilitação do debate público, com transparência e abertura comunicacional⁴²⁰, devendo sua intervenção estar sempre, e razoavelmente, fundamentada através de valores constitucionais.

De fato, diante do caráter não absoluto, mesmo dos direitos fundamentais, em muitos casos a colisão entre estes exigirá a restrição, relevando fundamental importância a exposição dos motivos/razões pelos quais o julgador encontrou o ponto de equilíbrio do caso concreto, justamente porque este efetivo diálogo intersubjetivo permite o controle social e jurídico, não só da atividade legislativa, mas, também, da judiciária⁴²¹, cuja exigência de fundamentação, inclusive, é acentuada.

E tal fundamentação, sobretudo para os casos de decisões baseadas em ponderação de valores, deve ser intersubjetivamente acessível, compreensível e aberta à crítica pública, devendo demonstrar coerência, racionalidade, estar baseada em normas constitucionais vigentes, ainda, ser suscetível de aplicação às situações fáticas circunstancialmente análogas, ou seja, generalizantes⁴²².

Não se pode olvidar, portanto, que a força persuasiva da decisão está intimamente atrelada ao conteúdo da respectiva fundamentação, baseada racionalmente em valores constitucionais⁴²³.

Assim, como a dogmática jurídica constitui uma tentativa de dar respostas, racionalmente fundamentadas, às questões axiológicas sem solução legislativa literal, a fundamentação dos juízos de valor ganha o centro da problemática, devendo cumprir sua tarefa prática de modo racional, combinando, sempre, clareza conceitual, ausência de contradição e coerência⁴²⁴.

Mas não é só através da fundamentação racional que a decisão apresenta legitimidade.

Entendido que o problema dos direitos fundamentais apresenta uma estrutura triádica, estando de um lado o direito de um determinado indivíduo ou grupo, na faixa intermédia os interesses coletivos e no extremo o direito de outros indivíduos⁴²⁵, o juiz deve

⁴²⁰ MATOS, José Igreja - *Op. Cit.*, p. 173.

⁴²¹ SILVA, Virgílio Afonso da - *Op. Cit.*, p. 48/49.

⁴²² NOVAIS, Jorge Reis - *Op. Cit.*, p. 83.

⁴²³ *Idem* - *As Restrições ...*, p. 893/894.

⁴²⁴ ALEXY, Robert - *Op. Cit.*, p. 36-38.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 466.

manter coesão em balizar todos esses direitos/interesses e decidir segundo as escolhas da sociedade, estabelecendo um canal de comunicação entre esta e o mundo jurídico⁴²⁶.

Tal captação da vontade, escolhas e interesses da sociedade deve, também, ser pautada pela análise de novos fatos, relações e necessidades de seu tempo, identificando sensíveis graus de tensão entre a norma e a realidade⁴²⁷.

Aliás, a interpretação da Constituição e das leis, pelos Tribunais, nada mais é do que a expressão das opções axiológicas sociais⁴²⁸.

Não se pretende com isso dizer que os direitos fundamentais, como próprios direitos contra-majoritários que são, não defendam mais a minoria frente à vontade da maioria. Pelo contrário, o que se pretende é que o juiz não fique indiferente às escolhas axiológicas da sociedade, com o que tenderia à injustiça ante generalizações intoleráveis, como se casos específicos não fossem dotados de peculiaridades. A imparcialidade exigida do juiz nada mais é do que a igual oferta de oportunidade a ambas as partes, recusando distinções pessoais ou preferências personalíssimas, mas, longe disso, o juiz não pode estar alheio aos valores sociais que o circundam⁴²⁹.

Repudia-se o «juiz Pilatos», indiferente e descompromissado com o aspecto justo das decisões⁴³⁰.

E nem poderia ser diferente, mesmo porque mutações constitucionais e legais constituem imposições do próprio sistema, sendo a função do juiz canalizar os valores da nação⁴³¹.

Ora, se cada sistema científico, ainda que constatada sua magnitude e sofisticação, é apenas um projeto de sistema, que apenas define o grau de conhecimento no seu tempo, necessariamente não pode ser definitivo, muito menos fechado⁴³², o que pressupõe constante análise e observação, por parte dos operadores do direito, sobretudo com relação aos contemporâneos valores e interesses que surgem (ou se modificam) na sociedade.

⁴²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 232/232.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 256.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 47.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 231.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 348.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 48.

⁴³² CANARIS, Claus-Wilhelm – *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 106.

Além do mais, um direito cujo reconhecimento dependa exclusivamente do legislador não pode ser, na acepção da palavra, um direito fundamental. Isso porque um direito fundamental tem por pressuposto, exatamente, a indisponibilidade de seu conteúdo, inclusive pelo legislador. Negar esta circunstância, exigindo/limitando seu conteúdo exclusivamente pela atuação legislativa, acaba por contradizer a própria eficácia horizontal, amplamente reconhecida nos direitos fundamentais⁴³³.

Portanto, se a fundamentação racional, coerente, lógica, explícita e em constante diálogo com a sociedade e os atores do processo legitimam a atuação jurisdicional na matéria em voga, esta deve ter por base, sempre, os valores da Constituição.

Melhor dizendo, nenhuma restrição a direitos fundamentais pode ter outro parâmetro que não a própria Constituição, mesmo porque, repita-se, sua finalidade é sempre salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos⁴³⁴.

Logo, se as normas não são, exatamente, sua literal redação, mas o sentido extraído a partir da interpretação desta⁴³⁵, forçoso concluir que a técnica deve ser valorada, vinculando-se, precisamente, aos objetivos constitucionais do Estado e à realidade social.

Não mais se sustenta uma concepção puramente técnica do processo, muito menos o tradicional descaso valorativo, superados na medida em que o atual direito processual deve ser norteado pela missão dos objetivos eleitos pela Constituição. Portanto, a essência do direito deve ser buscada, através de técnicas processuais concretas e úteis, à melhorar os resultados aos próprios jurisdicionados⁴³⁶.

Ora, se o próprio ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, através de valores que devem ser preservados, a atividade interpretativa deve se dar de acordo com uma linguagem que reflita estes mesmos fins e valores constitucionais⁴³⁷.

⁴³³ BILBAO UBILLOS, Juan María – La Eficacia Frente a Terceros e los Derechos Fundamentales em el Ordenamiento Español. In *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 189.

⁴³⁴ MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 418.

⁴³⁵ ÁVILA, Humberto - *Op. Cit.* 1, p. 33.

⁴³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 266/267.

⁴³⁷ ÁVILA, Humberto - *Op. Cit.*, p. 37/38.

Disto posto, não se pode deixar de exigir, sobretudo das autoridades que exercem o poder jurisdicional, a responsabilidade de adequar juízos particulares, tendo por base de ação um programa/sistema coerente/eficiente⁴³⁸.

Se não se podem exigir, sempre, respostas corretas, mesmo porque impossível a perfeição, exige-se apenas que os representantes do Estado busquem estas respostas, seguindo uma linha de coerência e que respeite a essência dos direitos⁴³⁹.

Quanto ao processualista, não deve se conformar em apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos direitos fundamentais, muito mais do que isso, deve formatar, calibrar e ajustar, tanto os valores da Justiça material, quanto o anseio pela segurança jurídica⁴⁴⁰, e isso através de uma decisão judicial suficientemente medida, ponderada, fundamentada, formalizada, célere, coerente em si mesma e com a realidade, justa e direcionada através dos direitos fundamentais.

Além disso, é função do Judiciário, através das decisões racionalmente fundamentadas, conscientizar os membros da sociedade para os direitos e obrigações provenientes do sistema, gerando, com isso, confiança no Poder Judiciário, no sistema judicial e no próprio Estado pacificador, importante fator de legitimação do poder⁴⁴¹.

A lei, neste aspecto, não pode ser, simplesmente, desprezada. Contudo, deve se mostrar sensível ao clamor social e realizar aquilo que, na verdade, compete aos juízes e Tribunais, ou seja, eliminar prontamente os litígios. Ainda que se deva observar a lei, tal obsessão não pode ser fator de atrasos intermináveis, devendo a visão instrumental fazer com que o julgador se desapegue dos excessos de formalismo, inclusive, nos critérios de julgamento⁴⁴².

E uma aproximação da Justiça à população tem por ponto central as exigências do próprio tempo, bem como uma visão multivariada dos objetivos processuais⁴⁴³, da jurisdição e do direito.

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald - *Op. Cit.*2, p. 250.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 286.

⁴⁴⁰ ALEIXO, Pedro Scherer de Mello – *Op. Cit.*, p. 423.

⁴⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 192/201,

⁴⁴² *Ibid.*, p. 292.

⁴⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 268.

A missão, portanto, deve ser solidificar o direito, proporcionando sua concreta, real e ideal aplicação. Esse deve ser o compromisso, legitimado constitucionalmente, sobretudo de juízes e Tribunais, cujo papel não pode ser outro, senão minimizar os conflitos sociais, ou melhor, pacificar a coletividade através (e com valor) da justiça⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ ALEIXO, Pedro Scherer de Mello – *Op. Cit.*, p. 431.

4 – RELEITURA DOS INSTITUTOS E CONCLUSÃO

Após todas as considerações prévias a respeito do tema proposto, chega-se ao derradeiro ponto de se sintetizar as conclusões estabelecidas para uma releitura dos institutos propostos, nomeadamente da renovação da prova e do reenvio do processo.

A começar pela renovação da prova, deve ser destacado que, para tanto, é mister que a prova não tenha sido documentada.

Ademais, não é apenas a insuficiência direta, derivada da mera não produção da prova na primeira instância, que gera a possibilidade da renovação da prova no Tribunal de apelação. Também a insuficiência indireta, derivada de uma invalidação da prova outrora produzida, também abre espaço ao instituto em voga.

Logo, será a «insuficiência», *lato sensu*, da matéria dada como provada, o pressuposto necessário a renovação da prova.

Também, para a renovação da prova, não basta mera utilidade probatória. Deve a prova ser necessária e apta a, por si ou conjugada com as provas até então produzidas no mesmo sentido, alterar o conteúdo da sentença de mérito.

Alem disso, mesmo necessária, se não mais possível sua produção, seja pelo decurso temporal, seja por outra circunstância jurídica, despicienda a reprodução.

Por obviedade, até mesmo para não se tornar objeto de vulneração de direitos fundamentais, deve ser desenvolvida com o resguardo do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, para que o recorrente possa se valer da renovação da prova, sob a dimensão de uma prova nova obtida somente após o encerramento da instrução em primeira instância, deve apresentar justificação especial para tanto, demonstrando que não tinha condições de ter conhecimento daquela prova, anteriormente, sem prejuízo da revisão criminal, exercitável apenas em benefício da defesa, no momento oportuno.

O direito brasileiro possui normativa suficiente à renovação da prova nos Tribunais de apelação, não só no processo penal, mas, também, no processo civil, através dos artigos 616, do CPP; e art. 938, §§§ 1º, 2º e 3º, do NCPC/2015.

A renovação da prova pressupõe, ainda, discussão sobre matéria de fato, mesmo que indiretamente, através de recurso exclusivo sobre a matéria de direito.

Considerando a inexistência de discricionariedade judiciária, a «faculdade» do Tribunal de apelação em proceder, ou não, a renovação da prova diretamente, somente pode ser entendida/interpretada, com razão e coerência lógico-jurídicas, como, preenchidos seus requisitos/pressupostos jurídicos, «dever» de implementação.

Aliás, não se pode olvidar que a mera identificação da nulidade, sobretudo quando em grau de afetação processual não elevado, não deve gerar, consequentemente, sua invalidação, sem qualquer ponderação de valores e circunstâncias contrapostas.

Neste contexto se mostram imprescindíveis os princípios processuais correlacionados a análise das nulidades processuais, tendo por norte, sempre, o princípio da instrumentalidade das formas.

Continuando, a utilização da Carta de Ordem, fazendo com que a mera (re)produção da prova a ser renovada se implemente em primeira instância, com o retorno da causa madura para julgamento em segunda instância, extirpa qualquer justificativa de complexidade prática em se adequar o instituto na dinâmica de julgamentos dos recursos.

Destaque-se, ainda, que a determinação da renovação da prova de ofício, ainda quando não haja recurso sobre a matéria de fato, não pode, jamais, redundar em *reformatio in pejus* indireta, nos termos do artigo 617, do CPP; c/c Súmula n.º 160, do STF.

Por sua vez, o reenvio do processo deve ter caráter subsidiário ao da renovação das provas diretamente pelos Tribunais recursais, devendo estes serem estimulados ao manejo do instituto da renovação direta da prova. Quando impossível, lançando mão do instituto do reenvio do processo, devem, de igual forma, delimitar seu objeto, sobretudo porque, na maioria dos casos, não há necessidade de novo e total julgamento sobre a causa na primeira instância anulada.

O devido processo legal não apresenta apenas seu caráter processual. Assim, deve ser entendido como um processo apto a conferir o aceitável através de critérios morais, de equidade e razoabilidade.

Se por um lado as garantias processuais devem ser respeitadas, não se pode descuidar do fato de que a decisão deve ocorrer sem exageros, balizadas pelo princípio da

proporcionalidade, encontrando-se o ponto de equilíbrio entre o direito material e processualmente justo.

O que o devido processo legal pressupõe, através da simbiose entre normas processuais e materiais, em um mesmo arcabouço jurídico, é a extração/identificação de um processo ideal, através da combinação entre direitos e deveres, inclusive processuais, harmonizando os interesses individuais com os objetivos eleitos do Estado, sendo esta a única forma legítima de garantir acesso aos Tribunais, ao Direito e à própria Justiça.

A identificação dos escopos processuais serve para conferir seu grau de legitimação. Portanto, torna-se mister identificar os escopos jurídico, político e social do processo.

Através do escopo jurídico o processo deve ser tomado como instrumento para o atingimento do direito material, ou seja, meio para se atingir fins preestabelecidos na legislação substancial. Este escopo jurídico sugere a relação dúplice entre o processo e o direito de fundo, que deve ser, através daquele, tutelado.

Por sua vez o escopo social tem por pressuposto a pacificação com Justiça, devendo o processo, e o próprio direito, serem aptos a afetar a vida das pessoas, com o propósito da pacificação social.

Sob esse aspecto devem ser considerados o direito a participação no processo, circunstância que, inegavelmente, aumenta o grau de satisfação, ainda que estabelecido entendimento contrário ao pretendido; a eliminação das angústias de insatisfação, inerentes à litispendência, em prazo razoável, com coerência e razão; bem como a prestação de uma justa solução para o caso em análise, processual e materialmente falando.

O escopo político do processo, e do próprio direito, nada mais é do que sua identificação como instrumento Estatal, pelo mesmo utilizado, para obtenção de seus objetivos eleitos, através da norma.

O princípio do juiz natural ou legal, que tem como fundamentos jurídicos os princípios da legalidade e da impessoalidade (isonomia), revela o objetivo de evitar manipulações/ingerência na organização judiciária e, por conseguinte, no resultado das decisões, sendo este o único propósito e sua justa medida.

O que se obsta, portanto, através do princípio do juiz natural é a escolha (ou afastamento) de um determinado julgador a dedo, através de interesses escusos e ao bel prazer de pessoas ou circunstâncias que não estejam objetivadas e predispostas, nos termos da lei.

Portanto, o princípio do juiz natural tem por *ratio* garantir Tribunais imparciais e independentes, sustentando-se no estabelecimento de regras pretéritas, para fatos subsequentes, e através de lei formal.

Identificados estes requisitos/pressupostos não há como se sustentar qualquer vulneração ao conteúdo de fundo do princípio, sobretudo quando realizada a renovação da prova diretamente nos Tribunais de recurso, eis que este ascenderia à segunda instância, para julgamento, de uma forma ou de outra, não havendo qualquer discricionariedade, lembrando que há predisposição legislativa a respeito.

Aliás, reitere-se que o princípio do juiz natural não se circunscreve à primeira instância, mas a todas que possam desenvolver participação/jurisdição no processo.

No que concerne ao princípio do duplo grau de jurisdição, deve se diferenciar o recurso, que é o objeto da irrisignação, do grau que o analisa, que, pelo referido princípio, deve ser duplo, ou seja, diferenciado e superior.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil não consagra, de forma expressa, o princípio do duplo grau de jurisdição, apesar do direito a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes, ser a regra a ser observada (CF/88, art. 5º, inc. LV).

Por outro lado, apenas no direito processual penal, e em benefício da defesa do acusado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, inseridos no ordenamento nacional através dos Decretos 678/92 e 592/92, especialmente em seus artigos 8º, n.º 2, al. h; e 14º, n.º 5, respectivamente, garantem o duplo grau de jurisdição como direito fundamental.

Seja como for, fato é que a renovação da prova nos Tribunais em nada vulnera o princípio do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que o recurso é considerado apenas um remédio e não uma predisposição a novo e amplo julgamento, sobre todas as circunstâncias originais, como se nenhum outro julgamento estivesse estabelecido até então. Aliás, mesmo através da renovação da prova, a rediscussão acerca da justeza da decisão

ascenderá à superior instância, não havendo qualquer obstáculo principiológico a ser posicionado.

Também não se pode falar em supressão de instância na produção da prova, justamente porque essa ideia impede apenas o conhecimento direto/imediato/original da causa, não sua revisão após a decisão de primeira instância, ainda que haja necessidade de nova produção de prova já produzida, porém maculada (ou omitida).

A própria ideia das causas maduras, reconhecidamente superada na doutrina e jurisprudência quando contrastadas com o argumento da supressão, impede a conclusão de que toda questão deva ser decidida duas vezes na sua inteireza, sendo certo que o princípio do duplo grau de jurisdição exige apenas que a causa seja analisada e, através do recurso à superior instância, revisada, corrigindo-se apenas circunstâncias pontuais de mácula, e isso com ou sem a renovação da prova.

Em síntese, o que o duplo grau de jurisdição pressupõe é que a causa seja decidida em primeira instância e a decisão, em si, revista pela segunda; não que todas as questões, necessariamente, tenham que passar por dois juízos, exaurientes, de instâncias diversas.

Ora, se reconhecidamente o duplo grau de jurisdição é membro do qual o princípio do devido processo legal é o corpo, e se esse corpo é compreendido, não somente pelo seu aspecto formal, mas, sobretudo, pelo seu aspecto material, teleológico e axiológico, como poderia o membro ir de encontro ao propósito do próprio corpo, contentando-se com a anulação processual pura e simples, em manifesta dilação indevida, ainda mais se existente ferramenta suficiente, dentro do próprio sistema/corpo, a congregar/resguardar, tanto a formalidade, quanto o conteúdo?

Por certo que a renovação da prova a se desenvolver, diretamente, nos Tribunais de apelação, insere-se, tanto no contexto do duplo grau de jurisdição, quanto, e principalmente, na dimensão mais ampla do devido processo legal, e, ainda, conferindo «máximo grau de qualidade» à atividade jurisdicional⁴⁴⁵.

A celeridade processual, certamente direito fundamental dos acusados em geral, não pode ser desprezada na dimensão da vítima, que também tem direito a que o Estado lhe

⁴⁴⁵ MELLO, Rogério Licastro Torres de - *Op. Cit.*, p. 438.

retorne à paz e confiança na sociedade, assim como a própria sociedade exige que o direito não se revele à impunidade, com descrédito para o sistema.

O sistema deve apresentar eficiente operacionalidade, capaz de dar respostas de qualidade à sociedade e no processo. E este é o pressuposto para o exercício do Poder Público, razão da existência dos juízes e Tribunais.

Além disso, na medida em que o direito a um processo sem dilações indevidas também resguarda/tutela o Ministério Público, enquanto legitimado processual e representante da sociedade, não se pode descartar o fato de que esta, através daquele (substituto processual), também tem direito a que o processo não receba obstáculos desnecessários.

Ao considerar que os elementos sobre os quais se analisa uma dilação como indevida são, não somente a complexidade do litígio e o comportamento dos litigantes, mas, também, a conduta das autoridades, não se pode olvidar que a atuação dos juízes (e Tribunais) deva ser pró-ativa, sempre em busca de soluções razoáveis, justas e em tempo adequado, utilizando-se dos expedientes processuais adequados para tanto, e, no particular contexto, também da renovação da prova. Lembre-se que a Justiça exige, sempre, «um mínimo de formalismo, um máximo de ponderação e celeridade, um equilibrado pragmatismo»⁴⁴⁶.

Além da paralisação injustificada, a hiperatividade inútil também é considerada uma dilação indevida, quando muito esforço é concentrado em circunstâncias secundárias, situação que, muitas vezes, passa despercebida, ou, o que é pior, acaba até mesmo sendo prestigiada. Já a renovação da prova, pelo contrário, concentra seus esforços naquilo que é importante, necessário e suficiente à decisão definitiva da causa, minorando esforços, resguardando direitos (sob a dimensão da tríade: acusados, vítimas e comunidade) e otimizando resultados.

Nesse diapasão, a renovação direta da prova tem o exato propósito de evitar dilações indevidas, resguardando o contraditório e a ampla defesa, mas, também, permitindo que a sentença de mérito seja finalmente prolatada - princípio da primazia da sentença de mérito.

⁴⁴⁶ MOURA, José Souto de - Inexistência e nulidades absolutas em processo penal. *Centro de Estudos Judiciários*. Lisboa: Escola Tipográfica do Instituto Padre António de Oliveira. ISSN 0872-1882. Ano 1, n.º 1 (1990-91), p. 15.

Sob outra frente, o direito de acesso ao Judiciário deve ser encarado em sua dimensão dúplice, não só como permissão à entrada do feito em juízo, mas, e principalmente, à garantia de sua solução correlata, também temporalmente aceita e materialmente justa.

Ademais, dada a constatação da inexistência de direitos absolutos, muito menos prioridade à partida entre direitos fundamentais, conclui-se pela ineliminável colisão, no caso concreto, entre esses mesmos direitos, inclusive com os valores da comunidade, circunstância que gera a necessidade de ponderação e restrição, mesmo de direitos fundamentais.

E princípios são exatamente mandamentos de otimização, cujo peso ou relevância para a hipótese definem, dada a inexistência de hierarquia absoluta entre os princípios, seu grau de aplicação/afetação no caso concreto.

Nesse exato contexto é posicionado o princípio da proporcionalidade, como sendo o princípio dos princípios ou o método de solução de colisões e do respectivo controle das consequentes restrições entre os direitos fundamentais.

Ora, se de um lado o direito individual do acusado exige ampla cognição, certeza e rigidez das formas; por outro lado a aspiração coletiva é pela celeridade e superação das nulidades, com funcionalidade do sistema, cujas formas, neste contexto, pressupõe flexibilidade.

E o equilíbrio nesta equação, até por obviedade, mesmo porque seria impossível, ainda que com cognição alargada e mais ampla possível, atingir a certeza, na acepção da palavra, demonstra que o que se almeja, de fato, é um juízo de convicção razoável, com probabilidade suficiente de acerto, ou seja, riscos calculados⁴⁴⁷, através de um custo aceitável frente às outras vantagens que se espera do processo, sobretudo o atingimento dos escopos processuais.

Este equilíbrio deve abarcar, como sobredito, tanto o interesse dos acusados, quanto das vítimas e da própria comunidade, através da aplicação do princípio da proporcionalidade,

⁴⁴⁷ «A burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo e, como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas. É preciso ousar. É indispensável ao juiz moderno romper com isso e vencer certos imobilismos. Onde o seu espírito se considerar suficientemente capaz de afastar os motivos divergentes e, como faria o homem médio da sociedade, tomar uma decisão conforme um grau satisfatório de probabilidade de acertar, que corra o risco». DINAMARCO, Cândido Rangel - *Op. Cit.*, p. 298.

cujos elementos são identificados como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Além disso, considerando o direcionamento valorativo que impede o próprio culto a forma em si mesma; o ideário de forma-função e forma-garantia; o princípio da presunção de legalidade dos atos processuais, que exige a declaração da nulidade para a implementação da invalidez; os inúmeros princípios e regras predispostos à superação das nulidades; e os incontáveis percalços que o reconhecimento da invalidade traz ao processo, cujo vetor é o princípio da economia processual, pode-se concluir pela existência de um verdadeiro sistema de validade *prima facie*⁴⁴⁸ dos atos processuais, o que revela uma prioridade normativa pela superação das nulidades, classificando-se a invalidação como «última *ratio*»⁴⁴⁹, especialmente por configurar custosa solução para o processo.

Tal circunstância não impede o reconhecimento de uma invalidade, apenas impõe o ônus argumentativo mais forte a quem pretenda a invalidação, demonstrando as razões específicas/concretas pela(s) qual(is) justifica(m) a restrição dos contrapostos princípios.

Por outro lado, da ideia de monopólio estatal na prestação jurisdicional surge a necessidade da prestação de uma tutela suficiente, ou seja, célere e justa.

Mais que isso, a transformação social do Estado em Democrático de Direito passou a exigir a potencialidade deste em afetar a sociedade através do direito e dos valores predispostos pelo Estado, que passou a tutelar, não somente direitos individuais ou da primeira geração, mas, também, direitos sociais, econômicos, culturais e comunitários, passou a exigir solidariedade e fraternidade, assim como a considerar os direitos da chamada quarta geração, aferidos diante da acelerada globalização, ampliação da democracia através da informação e do próprio pluralismo ideológico.

Neste contexto deve ser chamada atenção ao aspecto positivo da instrumentalidade, direcionado a eliminar a insatisfação de forma justa e com educação ao exercício dos direitos, justamente porque a proteção dos direitos fundamentais passou a ser implementado, também, através do Estado.

⁴⁴⁸ «Essa também é a tendência no processo penal (...) Os atos processuais são válidos *prima facie*. E isso tem sido defendido, pela doutrina moderna, mesmo para aquelas nulidades classicamente definidas como “absolutas”. Aliás, se mesmo os direitos fundamentais compreendem maneiras de relativização, por que haveríamos de defender vícios processuais insanáveis?». CABRAL, Antônio do Passo - *Op. Cit.*, p. 188/189.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 187.

Inegável, portanto, que os direitos fundamentais apresentam eficácia horizontal perante terceiros, eis que a proteção de direitos individuais, também, deve se dar em face de outros indivíduos que venham a vulnerar direitos contrapostos, sobretudo com violência.

Deve se conscientizar ao exercício funcional da jurisdição, ao desiderato do justo processo, no qual se insere o dever de proteção dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, em especial através do processo penal, cuja finalidade é a defesa de particulares em face dos próprios particulares, quando excedam/ultrapassem direitos.

Há, por conseguinte, a exigência de um mínimo de atuação/proteção estatal, sem a qual o processo revela proteção deficiente, que deve ser combatida.

Enquanto pelo dever de proteção se questiona a existência da necessidade de ação Estatal; a questão da insuficiência discute o modo desta atuação.

E se o Estado deve prestar uma tutela mínima, é deveras lógica a necessidade de se combater dilações indevidas. Nesse diapasão, o direito de defesa, por parte do acusado, não lhe dá direito processual de obstar o julgamento definitivo.

Ao considerar apenas o direito de defesa o Estado não prestará uma tutela suficiente, devendo, também, serem resguardados os interesses contrapostos da vítima e da comunidade, garantindo-se, assim, um dever de proteção eficiente, portanto, suficiente.

Desta forma, os órgãos jurisdicionais, enquanto órgãos Estatais, vinculam-se ao princípio da proibição do défice ou proibição da proteção insuficiente, sendo, por conseguinte, função dos magistrados interpretar a norma superando as incapacidades ou inconsistências do sistema, ou mesmo as deficiências da lei⁴⁵⁰, sempre em busca do direito material tutelado, assim como da prestação eficiente/suficiente, espaço em que, inegavelmente, insere-se o instituto da Renovação das Provas.

Portanto, juízes e Tribunais devem ter a capacidade da justificação racional da decisão, através de valores constitucionais, muitas vezes contrapostos, estabelecendo um processo comunicacional que seja suficientemente convincente para a superação das expectativas processuais, com linguagem acessível, compreensível, coerente, aberta à crítica pública, sendo, ainda, suscetível de generalização, residindo, em tal modo de atuação, sua legitimação constitucional.

⁴⁵⁰ SILVA, Germano Marques - *Sobre Recursos* ..., p. 53

Também é exigida a captação dos interesses e valores da sociedade, como forma de garantir coesão ao sistema, que confronta valores individuais/sociais contrapostos. Ora, apesar da defesa de direitos fundamentais revelar a necessidade de defesa da minoria frente à maioria, o que em momento algum se nega, o magistrado não pode se manter alheio/indiferente às escolhas axiológicas da sociedade.

Disto posto, a renovação direta da prova pelo Tribunais deve ser encarada como um importante instrumento apto a atingir o definitivo julgamento, justo na medida em que aproxima o processo do direito material esperado, célere eis que permite uma resposta mais equilibrada no tempo ao acusado, à vítima e à sociedade, de garantia pelo resguardo do exercício do contraditório e do amplo direito de defesa, e, finalmente, constituindo-se em verdadeira ferramenta de legitimação constitucional e de confiança no Poder Judiciário. Justamente por isso a renovação da prova pelos Tribunais não pode se manter, apenas, na letra da lei, deve, imediatamente, começar a ser implementada.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Francisco - Direito ao Recurso, Graus de Jurisdição e Celeridade Processual. *O Direito*. Coimbra: Almedina. ISSN 0873-4372. Ano 138, n.º II (2006), p. 295-311.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *O Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Português. Os Fundamentos Dogmáticos do Novo Paradigma Judiciário*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2004. Tomo III. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Doutor em Direito [Ciências Jurídicas].

ALEIXO, Pedro Scherer de Mello – O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Ordem Jurídica Brasileira. A Caminho de um «Devido Processo Proporcional». In *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3246-7, p. 417-435.

ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN: 978-85-392-0073-3.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - Algumas Reflexões sobre os Direitos Fundamentais, Três Décadas Depois. In *Anuário Português de Direito Constitucional*. Vol. V. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1800-8, p. 121-141.

_____ – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa da 1976*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4669-3.

ANDRADE, Manuel da Costa - Proibições da Prova em Processo Penal (Conceitos e Princípios Fundamentais). *Revista Jurídica da Universidade Portucalense - UPT*. Porto: Universidade Potucalense. ISSN 0874-2839, n.º 13 (2008), p. 143-157.

_____ - *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-0613-7.

ARMENTA DEU, Teresa - *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 7.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. ISBN 978-84-15948-06-3.

ÁVILA, Humberto - *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 978-85-392-0176-1.

BARREIROS, José António - Eficácia e Garantia do Modelo de Recursos Penais. *In A Reforma do Sistema Penal de 2007. Garantias e Eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1650-9, p. 69-81.

BEZERRA, Paulo – O Acesso aos Direitos e à Justiça: um Direito Fundamental. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Vol. LXXXI (2005), p. 775-796.

BILBAO UBILLOS, Juan María – La Eficacia Frente a Terceros e los Derechos Fundamentales em el Ordenamiento Español. *In Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3246-7, p. 165-212.

CABRAL, Antônio do Passo - *Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. ISBN 978-85-309-3222-0.

CABRAL, António Henriques Santos - O Regime dos Recursos em Processo Penal. *Colecção de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*. Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”. ISSN 0870-79779, Ano VIII Tomo III (2000), p. 21-27.

CANARIS, Claus-Wilhelm – *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-1982-9.

_____ – *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.^a ed. V - I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

_____ - *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1593-9.

CAPEZ, Fernando - *Curso de Processo Penal*. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-02-05002-8.

CARVALHO, Paula Marques - *Manual Prático de Processo Penal*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40- 4116-2.

CORREIA, João Conde – A Distinção entre Prova proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*. Coimbra: Almedina. ISSN 1645-828X. Ano 3, n.º 4 (1.º Sem. 2006), p. 175-202.

_____ - *Contributo para Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. ISBN 972-32-0917-9.

DIAS, Augusto Silva - A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente. In PALMA, Maria Fernanda, coord. - *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2217-X, p. 55-65.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1250-1.

_____ - Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 0871-8563. Ano 8, n.º 2 (Abril-Junho 1998), p. 199-213.

DINAMARCO, Cândido Rangel - *A Instrumentalidade do Processo*. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 978-85-392-0174-7.

DUARTE, Ronnie Preuss - *Garantia de Acesso à Justiça. Os Direitos Processuais Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1510-6.

DWORKIN, Ronald - *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336.1513-2.

FONSECA, Isabel Celeste M. - O Direito a um Processo à Prova do Tempo: um Apelo a Kairos - *In Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. V. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1699-8, p. 201-247.

GASPAR, António Henriques - Os Novos Desafios do Processo Penal no Século XXI e os Direitos Fundamentais: um Difícil Equilíbrio. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8563, ano 15, n. ° 2 (Abr.-Jun. 2005), p.257-274.

GIMENO SENDRA, Vicente - *Constitucion y Proceso*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988. ISBN 84-309-1635-0.

_____ - *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex, 2004. ISBN 84-7879-912-5.

GONÇALVES, M. Maia - *Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar*. 17.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3777-6.

GONÇALVES, Pedro Correia - *Código de Processo Penal Aplicado no Tempo*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010. ISBN 978-972-724-538-3.

GRAÇA, António Pires Henriques da - *Sobre a Exequibilidade do Recurso em Matéria de Facto, em Processo Penal Português, no Dealbar do III Milénio - o caso específico das decisões finais dos Tribunais Colectivos*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito [Ciências Jurídico-Criminais].

GUEDES, Néviton de Oliveira – *Colisão e Ponderação de Direitos Fundamentais: os Limites da Argumentação Jurídica no Âmbito da Jurisdição Constitucional*. Coimbra:

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. Tese de Doutoramento em Direito.

JESUS, Damásio de - *Código de Processo Penal Anotado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10635-2.

LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 6.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. ISBN 978-972-31-0770-8.

LOURENÇO, Rui Miguel Barata - *O Recurso em Processo Penal. Uma Nova Perspectiva de Abordagem e Discurso*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito [Ciências Jurídico-Criminais].

LUHMANN, Niklas - *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MAGALHÃES, António Malheiro de - O Direito Processual Penal e a Constituição. Em torno do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição em Matéria Penal. *Revista da Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. n.º 48 (junho 2000). Volume XIII, p. 543-604.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – *O Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3749-3.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5.

MARTINS, A. G. Lourenço - O Instituto dos Recursos. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. Ano 24, n.º 94 (abril/junho 2003), p. 75-85.

MARTINS, Ana Maria Guerra - *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. Depósito Legal 217585/04.

MATOS, José Igreja - *Um Modelo de Juiz para o Processo Civil Actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1813-8.

MATTA, Paulo Jorge Saragoça da - O Direito ao Recurso ou o Duplo Grau de Jurisdição com Imposição Constitucional e as Garantias de Defesa dos Arguidos no Processo Penal Português. *Revista Jurídica*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. ISSN 0870-8126. n.º 22 (março 1998), p. 323-412.

MEDINA, José Miguel Garcia - *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5952-5.

MELLO, Rogério Licastro Torres de - Provas Recursais: Variações Sobre o Assunto. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins*. V. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-4163-6, p. 433-446.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197-313.

MENDES, Paulo de Sousa – As Proibições de Prova no Processo Penal. In PALMA, Maria Fernanda, coord. - *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2217-X, p. 133-154.

_____ - *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5360-8.

MIRABETE, Júlio Fabbrini - *Código de Processo Penal Interpretado*. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-224-3006-3.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. 2.^a ed. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2010-0.

MOURA, José Souto de - Inexistência e nulidades absolutas em processo penal. *Centro de Estudos Judiciários*. Lisboa: Escola Tipográfica do Instituto Padre António de Oliveira. ISSN 0872-1882. Ano 1, n.º 1 (1990-91), p. 119-130.

NETO, Manuela - *Dos Recursos*. 2.ª ed. Porto: Elcla, 1996. ISBN 972-749-014-X.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção - *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0694-2

NICOLITT, André Luiz - *A Duração Razoável do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. ISBN 85-7387-888-6.

NOGUEIRA, Alberto Pinto *et alli* - *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1691-2.

NOVAIS, Jorge Reis - *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1833-6.

_____ - *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2070-4.

_____ - *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-1254-4.

NUCCI, Guilherme de Souza - *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-3896-4.

OLIVEIRA, C. A. Alvaro de - O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS. ISSN 0104-6594, v.22 (Set. 2002), p. 31-42.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves - *O Princípio do Devido Processo Legal - Direito Fundamental do Cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3575-8.

PATRONILHO, Sílvia Raquel Ferreira - *O Regime da Nulidade das Provas em Processo Penal*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003. 216 p. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico Criminais.

PEREIRA, Rui - A Reforma do Processo Penal: entre a Celeridade e as Garantias de Defesa. *POLITEIA - Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna*. Coimbra: Almedina. ISSN: 1646-0367. Ano II, n.º 2 (Jul.-Dez. 2005), p. 15-28.

PIMENTA, José da Costa - *Código de Processo Penal Anotado*. 2.^a ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

_____ - *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Tomo I. Lisboa: Livraria Petrony-Editores, 2003. ISBN 972-685-098-3.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Gabinete de Política Legislativa e Planeamento - *O Sistema de Recursos em Processo Civil e em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1388-5.

RAMOS, João Gualberto Garcez - Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: SER/UFPR. ISSN 0104-3315. n.º 46 (2007), p. 101-110.

RIBEIRO, Vinício A. P. - *Código de Processo Penal Notas e Comentários*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1924-1.

RIFÁ SOLER, José Maria; VALLS GOMBAU, José Francisco - *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Iurgium Editores, 2000. ISBN 84-931472-0-6.

ROBALO, António Domingos Pires - *Noções Elementares de Tramitação do Processo Penal*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-1596-3.

SÁ, Djanira Maria Radamés de - *A Atividade Recursal Civil na Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Pillares, 2006. ISBN 85-89919-32-3.

SANTOS, Manuel Simas - Jornadas de Processo Penal: Recursos. *Revista do CEJ*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. ISSN 1645-829X, n.º 9 Especial (1.º Semestre de 2008), p. 355-382.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal Anotado*. Vol. I. 3.ª ed. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2008. ISBN: 978-972-51-1144-4.

_____ - *Recursos em Processo Penal*. 7.ª ed. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2008. ISBN: 978-972-51-1140-6.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas - *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2010. ISBN: 978-989-8305-10-7.

SARLET, Ingo Wolfgang – Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais. O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Vol. LXXXI (2005), p. 325-386.

SCARPARO, Eduardo - *As Invalidades Processuais Cíveis na Perspectiva do Formalismo-Valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. ISBN 978-85-7348-823-4.

_____ - O Processo como Instrumento dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: SER/UFPR. ISSN 0104-3315. n.º 45 (2006), p. 169-186.

SILVA, Germano Marques - *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Lisboa: Verbo, 1992. ISBN 972-22-1557-4.

_____ - *Curso de Processo Penal*. Vol. 2. 5.ª ed. Lisboa: Verbo, 2011. ISBN 978-972-22-3043-8.

_____ - Sobre Recursos em Processo Penal. Notas sobre alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. In *A Reforma do Sistema Penal de 2007. Garantias e Eficácia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1650-9, p. 51-68.

SILVA, Virgílio Afonso da - O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar. n.º 4 (2006), p. 23-51.

STRECK, Lenio Luiz - A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Metropole. n.º 53 (Maio-Set. 2004), p. 223-251.

SUAN MOREY, Jaime - *Tutela Constitucional de Los Recursos en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Boch Editor, 1995. ISBN 84-7698-327-1.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal*. 3.^a ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4207-7.

ZAVASCKI, Teori Albino - Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. *Revista do Advogado - Reforma Processual Civil*. São Paulo: Associação de Advogados de São Paulo. n.º 46 (Agosto de 1995), p. 27-38.